3 1761 06740031 7

K
G3843
B4

Digitized by the Internet Archive
in 2010 with funding from
University of Toronto

http://www.archive.org/details/derbegriffdervis00gert

DER BEGRIFF

DER

VIS MAIOR

IM

RÖMISCHEN UND REICHSRECHT.

VON

GOTTHOLD GERTH,

DOCTOR DER RECHTE

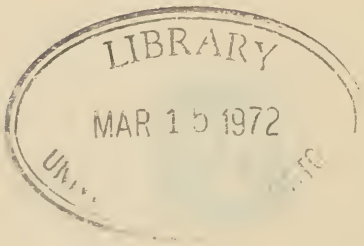
BERLIN 1890.

SIEMENROTH & WORMS.

WILHELMSTRASSE 129.

K
G38-3B4

Alle Rechte vorbehalten.



Seinem hochverehrten Lehrer

Herrn Dr. iur. Ernst Eck

o. ö. Professor der Rechte an der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin und Geheimen Justizrathe

in tiefster Dankbarkeit

gewidmet

vom Verfasser.

Inhaltsverzeichniss.

		Seite
	Vorwort	VII
	Einleitung	1
§ 1.	Das Problem der vis maior	4
§ 2.	Uebersicht über den Gang der Untersuchung	15
§ 3.	Die vis maior in der Rechtswissenschaft bis zu GOLDSCHMIDT.	17
§ 4.	Der Ausdruck vis maior im Allgemeinen	25
§ 5.	Der Ausdruck vis maior im Allgemeinen. Fortsetzung.	30
§ 6.	Die vis maior in der Lehre von der locatio conductio operis und der locatio horrei	61
§ 7.	Die vis maior in der Lehre vom receptum nautarum, cauponum, stabulariorum	75
§ 8.	Die vis maior in der neueren Rechtswissenschaft. (Subjective Theorie.)	105
§ 9.	Die vis maior in der neueren Rechtswissenschaft. (Objective Theorie.)	119
§ 10.	Rückblick	153
§ 11.	Die vis maior in den Reichsgesetzen	159
§ 12.	Die vis maior in der Rechtsprechung	190
	Schluss	210

Vorwort.

Die von mir der Königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin im Mai vorigen Jahres zwecks Erlangung der juristischen Doctorwürde überreichte Abhandlung über den Begriff der vis maior habe ich einer nochmaligen Durchsicht und Prüfung unterworfen und veröffentliche sie nunmehr in der Gestalt, die sie dabei gewonnen hat.

Die vorgenommenen Veränderungen sind zahlreich, betreffen aber zumeist nur die Form.

In der Sache selbst hatte ich früher angenommen, dass die römischen Juristen sich des Ausdruckes vis maior und damnum fatale da nicht bedienten, wo der casus auf der eigenen aber dem Verpflichteten nicht zurechenbaren Handlung desselben beruht, in diesem ganz beschränkten Sinne also für das römische Recht an dem Erfordernisse der äusseren Herkunft für die vis maior festgehalten.

Ich habe jetzt geglaubt, auch diese Unterscheidung zwischen vis maior und casus aufgeben zu müssen.

Inzwischen war ferner die eingehende und verdienstvolle Abhandlung BRUCKNERS »die custodia nebst ihrer Beziehung zur vis maior nach römischem Recht« erschienen. Konnten mich ihre Ausführungen auch nicht überzeugen, so musste sie doch nothwendig berücksichtigt werden.

Eine weitere Beschäftigung mit der Rechtsprechung des Reichs-Oberhandelsgerichtes und des Reichsgerichtes schien endlich die Heranziehung noch einiger früher nicht erwähnter Entscheidungen zu gebieten.

Berlin, am 4. Mai 1890.

Der Verfasser.

Einleitung.

GOLDSCHMIDT in seinem Gutachten über den Entwurf des Deutschen Handelsgesetzbuches[1]) widerrieth die Anwendung des »unklaren Ausdrucks höhere Gewalt (vis maior)«. Die Gesetzgebung ist gleichwohl einen anderen Weg gegangen. Der Ausdruck höhere Gewalt ist im Handelsgesetzbuche beibehalten und dort nicht blos bei der Bestimmung der Haftungspflicht des Schiffers, sondern auch des Frachtführers zur Verwendung gekommen, er ist sogar von da aus in das Reichshaftpflichtgesetz und in das Reichspostgesetz übergegangen. Es handelt sich also jetzt nicht mehr darum, sich mit dem Begriffe der höheren Gewalt in der verhältnissmässig beschränkteren Lehre vom receptum abzufinden: es sind neue, weite, für den Verkehr überaus wichtige Rechtsgebiete, in denen er sich eine rechtliche Existenz erworben hat.

Ist mit dieser Erweiterung des Anwendungsgebietes des Begriffes seine Bedeutung klar geworden? Die Antwort kann nur verneinend ausfallen. In den den Gesetzentwürfen beigefügten Motiven, wie in den Verhandlungen der gesetzgebenden Körperschaften wird auf das römische Recht verwiesen, höhere Gewalt durch unabwendbaren Zufall, der unabwendbare Zufall durch höhere Gewalt erläutert

1) Beilageheft zur Zeitschr. für das gesammte Handelsrecht. Bd. III. S. 112, 113.

und der Praxis überlassen, »den in abstracto nicht definirbaren Begriff« im Einzelfalle richtig zu bestimmen. Auch im Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich hat man geglaubt, den Begriff nicht entbehren zu können: der Gastwirth — § 626 — haftet danach für den Zufall, höhere Gewalt ausgenommen. Die Motive[1]) geben ausdrücklich die Unbestimmtheit des Begriffes zu, unterlassen aber doch jede vollständigere Bestimmung desselben und beruhigen sich damit, dass derselbe Begriff mit derselben Bezeichnung bereits reichsgesetzlich z. B. im Handelsgesetzbuche für ähnliche Fälle verwendet sei, ohne dass daraus in der Praxis die besorgten Uebelstände in nennenswerther Bedeutung sich herausgestellt hätten. Mit der steigenden Wichtigkeit des Begriffes sind zwar die wissenschaftlichen Bemühungen um seine Klarstellung gewachsen; ohnehin war auch die Wissenschaft schon durch die Untersuchungen GOLDSCHMIDT's in seiner Abhandlung über das receptum nautarum[2]) zu einem schärferen Eingehen auf denselben genöthigt. Es darf auch nicht verkannt werden, dass die Einsicht in die Bedingungen und Voraussetzungen des Begriffes dadurch in hohem Masse gefördert ist. Indess es ist keineswegs ein Einverständniss erreicht, vielmehr scheint das Resultat, namentlich in Folge der EXNER'schen Schrift über die vis maior,[3]) sogar in einer Verschärfung der stets vorhanden gewesenen Gegensätze zu bestehen.

Auch in der Praxis müssen sich unter diesen Umständen Uebelstände herausstellen. Die Praxis kann im

1) Bd. II, S. 585.

2) GOLDSCHMIDT, das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum in seiner Zeitschr. f. Handelsr. Bd. III. S. 79 ffg. u. S. 331 ffg.

3) EXNER, Begriff der höheren Gewalt in GRÜNHUTS Zeitschr. Bd. X. S. 495 ffg. (Auch als Separatdruck erschienen.)

Einzelfalle mit Hilfe der Wissenschaft die latenten Merkmale eines Begriffes entwickeln. Das setzt aber voraus, dass der Begriff wenigstens in seinen Umrissen feststeht.

Je mehr sich das von einem Begriffe beherrschte Gebiet ausdehnt, um so grösser wird die Gefahr, die mit der Unbestimmtheit desselben verknüpft ist. Die Verkehrsbedingungen für den Schiffer und Gastwirth sind heute andere wie im römischen Rechte. Es wäre nicht unmöglich, dass schon in Folge dessen der römisch-rechtliche Begriff der vis maior bei der Anwendung auf die heutigen Verhältnisse unwillkürlich verschoben wird. Vollends liegt aber die Besorgniss nahe, dass die Natur und die Beschaffenheit derjenigen Rechtsinstitute, auf die der schwankende Begriff im modernen Rechte übertragen wird, demselben auch einen abweichenden Sinn aufdrücken könnten.

So lange die Sache so liegt, bleibt es immer geboten, von dem Versuche, zu einem klaren und allgemein anerkannten Begriffe zu gelangen, nicht abzulassen, oder, wenn das nicht gelingen kann, mit dem Begriffe zu brechen und statt dessen in bestimmterer Weise die Grenzen für die Haftungspflicht bei den einzelnen Rechtsinstituten nach Massgabe der besonderen Natur derselben festzusetzen.

§ 1.

Das Problem der vis maior.

Der Schuldner wird regelmässig von seiner Leistungspflicht frei, wenn die Leistung ohne sein Verschulden unmöglich wird; er haftet für culpa, nicht für casus. Durch Vertrag wie Gesetz kann seine Verpflichtung erweitert werden. Weder für die Theorie, noch für die Praxis entstehen Schwierigkeiten, wenn dem Schuldner die Vertretung jedes casus oder, bei geringerer Ausdehnung der Haftpflicht, die Vertretung bestimmter casueller Ereignisse auferlegt wird. So geht auf den Schuldner, der in Verzug kommt, alle Gefahr über; Wirth und Schiffer haben unbedingt für Diebstahl und rechtswidrige Sachbeschädigung seitens ihrer Leute einzustehen; die im § 2 des Reichshaftpflichtgesetzes genannten Gewerbtreibenden haften für den Schaden, wenn ihr Bevollmächtigter durch sein Verschulden in Ausführung der Dienstverrichtungen den Tod oder die Körperverletzung eines Menschen herbeiführt: das sind Vorschriften, deren Auslegung und Anwendung unbedenklich ist.

Auch die Lehre vom receptum der nautae caupones und stabularii würde in der hier in Rede stehenden Beziehung klar und einfach sein, wenn das prätorische Edict, vorausgesetzt, dass es wirklich die Schiffer und Wirthe für die unversehrte Rückgabe der von ihnen recipierten Sachen unbedingt haftbar gemacht hätte, nicht durch die spätere Jurisprudenz abgeschwächt wäre, und auch diese Abschwächung wäre noch unverfänglich geblieben, wenn sich als schliessliches Resultat neben der Nichthaftung für

jeden weiteren casus ein bestimmter Kreis unbedingt zu vertretender zufälliger Ereignisse oder neben der Haftung für alle übrigen Fälle eine Reihe bestimmter ausnahmsweise befreiender zufälliger Ereignisse ergeben hätte. So aber hat sich, anscheinend wenigstens, nach der aus dem Edictscommentare ULPIANS in die l. 3 § 1 D. naut. 4,9 herübergenommenen Lehre desselben die Entwicklung nicht vollzogen.

> At hoc edicto — heisst es daselbst — omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit.

Ein näheres Eingehen auf die Bedeutung dieses Ausspruches kann erst weiter unten[1]) erfolgen, hier genügt es, bei dem stehen zu bleiben, was ULPIAN ziemlich klar zu sagen scheint: Schiffer, Gast- und Stallwirthe haften für den Verlust und die Beschädigung der von ihnen recipirten Sachen auch ohne eigenes Verschulden, es sei denn, es läge damnum fatale oder vis maior vor.

Danach bezeichnet ULPIAN also nicht bestimmte Ereignisse, die den Raum diesseits oder jenseits der Haftungsgrenze innerhalb des Gebietes der unverschuldeten Ereignisse ausfüllen, sondern fasst die befreienden Thatsachen oder Bedingungen unter dem allgemeinen Begriff damnum fatale oder vis maior zusammen. Der Recipient haftet sine culpa also für casus; er haftet nicht, wenn der casus vis maior ist. Damit entsteht die Frage: wo liegt die Grenze zwischen dem gewöhnlichen vertretbaren casus und

---

1) cf. § 7.

dem nicht vertretbaren qualifizirten oder potenzirten casus, der vis maior, was ist vis maior, unter welchen Voraussetzungen tritt Haftung für casus ein? Eine Antwort auf eine dieser Fragen würde auch die anderen beantworten, aber, man mag die Lösung in dieser oder jener Richtung suchen, überall fehlen die ausreichenden Anhaltspunkte. ULPIAN in jener Stelle bestimmt den Begriff des damnum fatale oder der vis maior nicht nur nicht, er giebt auch keine Merkmale weder für die Vertretbarkeit noch für die Nichtvertretbarkeit. Indem er einen Ausspruch LABEOS anzieht, bringt er allerdings zwei Beispiele von damnum fatale, es erhellt aber nicht, mit Rücksicht auf welche Merkmale LABEO das naufragium und die vis piratarum als damnum fatale behandelt. Die Ausdrücke vis maior und damnum fatale kommen sonst noch in ziemlich zahlreichen Quellenstellen in verschiedenen Verbindungen vor, im Allgemeinen aber ist man darüber einig, dass jedenfalls in dem grössten Theile dieser Stellen beide Ausdrücke nichts anderes als casus bedeuten. ULPIAN selbst definirt sogar in l. 52 § 3 D. pro soc. 17,2 das damnum fatale im Sinne von casus. Ein Zurückgehen auf den sonstigen Gebrauch der Ausdrücke scheint also die Schwierigkeit eher zu erhöhen als zu vermindern. ULPIAN würde, wenn man vis maior als casus nähme, in der l. 3 § 1 D. naut. cit. anscheinend den Recipienten als haftbar für casus erklären, es sei denn, es läge casus vor.

Schon gegenüber dieser Sachlage darf man von einem Problem der vis maior sprechen. Die Lösung desselben muss, da es sich um ein positives Recht handelt, auf dem Boden dieses Rechts gesucht werden, was auch dadurch noch nicht wesentlich anders wird, dass der Begriff in verschiedene moderne Gesetze herübergenommen ist. Denn auch diese Gesetze wollen, angeblich wenigstens, vis maior

oder höhere Gewalt nur in dem Sinne verstanden wissen, den die Bezeichnungen im römischen Rechte hatten, und selbst, wenn der Begriff in den neueren Gesetzen und durch die eigenthümliche Natur der dadurch geordneten Verhältnisse einen Bedeutungswechsel erfahren hätte, so würde auch dann der Aufschluss immer noch in diesen Gesetzen, also im positiven Rechte, zu suchen sein. Indessen der Frage, ob und wie ein medium zwischen der culpa oder richtiger dem verschuldeten Ereignisse und der vis maior denkbar und bestimmbar sei, wohnt von vornherein auch ein abstrakter Charakter bei. Dieser Umstand in Verbindung mit dem dürftigen Anhalte, den die positiven Gesetze gewähren, hat in neuerer Zeit, nachdem man überhaupt das Wesen der vis maior näher zu untersuchen begonnen hatte, dahin geführt, die Frage nach dem Begriffe der vis maior und der Art und Möglichkeit seiner Construction in allgemeinerer Weise aufzuwerfen, so dass sich das erweiterte Problem dahin fassen lässt: kann man im Recht den Begriff der vis maior überhaupt aufstellen und wie kann man ihn aufstellen?

Ich halte es für zweckmässig, die verschiedenen Wege, die man behufs Lösung des Problems betreten hat, schon hier zu skizziren, ohne mich jedoch zunächst in eine nähere Kritik einzulassen. Nur einige Bemerkungen will ich voraufschicken.

Der Umstand allein, dass die Grenze zwischen dem vertretbaren casus und der nicht vertretbaren vis maior in der Anwendung nicht immer genau zu bestimmen wäre und dass es zahlreiche an der Grenze liegende Fälle geben könnte, die der eine auf diese, der andere auf jene Seite zu ziehen geneigt sein möchte, würde den theoretischen Werth des Begriffes der vis maior nicht nothwendig beeinträchtigen, noch auch seine praktische Brauchbarkeit aus-

schliessen. Eine ähnliche Erscheinung zeigt sich bei dem Uebergange von der culpa lata zur culpa levis und von dieser zum casus und muss sich nach der Natur der Sache überall da zeigen, wo der Rechtsbegriff sich an Gradunterschiede zwischen den Erscheinungen des Lebens lehnt. Aber wenn sich auch bei der Anwendung im Einzelfalle oft genug Zweifel darüber ergeben werden, ob die Diligenz des paterfamilias zur Abwehr eines Ereignisses ausreichte, so liegt doch in dieser Diligenz an sich ein fester objectiver Massstab, und weil dem so ist, so ist es statthaft, ja richtig, wenn der Gesetzgeber diesen Massstab als Norm giebt, die Anwendung desselben für den Einzelfall aber dem Richter anvertraut. Ganz anders würde es sein, wenn der Richter auch erst den Massstab finden sollte, was immer nur Sache des Gesetzgebers, niemals des Richters sein darf. Es wird sich deshalb fragen, ob es für die Bestimmung des potenzirten casus ein ähnliches Mass giebt, wie es die Diligenz des paterfamilias für den casus ist.

Von den Versuchen, das Wesen der vis maior zu bestimmen, scheide ich ferner die Lehre aus, welche das Eigenthümliche der vis maior in einer anderen Vertheilung der Beweislast fand. Denn abgesehen davon, dass der Beweis des befreienden Ereignisses dem Schuldner auch bei der locatio conductio und den übrigen obligatorischen Verhältnissen obliegt, hat die Beweisfrage nichts mit dem materiellen Inhalt des Begriffs zu thun. Ebenso handelt es sich auch bei denjenigen nicht um eine Bestimmung des Begriffs der vis maior in dem hier in Rede stehenden Sinne, welche den Schuldner für bestimmte casuelle Ereignisse für haftbar erklären und alle übrigen Ereignisse als vis maior bezeichnen. Würde man sagen, der Schuldner haftet in dem einen oder dem andern Rechtsverhältnisse

für Diebstahl, auch wenn er von ihm nicht verschuldet wäre, für alle übrigen casuellen Ereignisse aber nicht, und würde man diese übrigen Ereignisse vis maior nennen, so würde man damit noch keinen vom casus unterschiedenen Begriff der vis maior gewonnen haben. Casus bleibt casus, auch wenn die Haftung für einzelne casuelle Ereignisse durch Vertrag oder Gesetz vorgeschrieben wird. Nicht das gehört zum Begriffe des casus, dass man dafür nicht haftet, sondern nur das, dass ein Ereigniss durch Diligenz nicht abwendbar war. Vis maior wäre eine Bezeichnung für nicht vertretbaren casus, die um so weniger einen weiteren positiven Inhalt hätte, als er schon an sich im Begriffe des casus liegt, wenn in dem einen Rechtsverhältnisse diese, in dem andern jene casuellen Ereignisse für vertretbar erklärt würden.

Fragt man nach den Unterlagen für die Begriffsbestimmung der vis maior, so sind sie, abgesehen von den Determinationen, die sich etwa aus dem positiven Rechte ergeben, dürftig genug. Der Schuldner soll für casus haften, aber nicht mehr für vis maior. Vis maior scheint also eine besondere Art des casus zu sein. Ist casus der weitere, vis maior der engere Begriff, so würde man, um die vis maior zu bestimmen, vom casus auszugehen haben. Nun ist casus ein relativer Begriff. Ein Ereigniss ist nicht an sich casuell, sondern ist es, insofern im gegebenen Falle die Diligenz des bonus paterfamilias, also die Diligenz schlechtweg, nicht zu seiner Ueberwindung ausreicht. Steigert sich die Diligenz, so mag sie auch wohl Ereignissen mit Erfolg begegnen, denen die Sorgfalt des bonus paterfamilias nicht gewachsen ist. Wächst wiederum die Kraft des Ereignisses, so lässt es sich denken, dass es selbst durch die erhöhte Diligenz nicht abgewendet werden kann. Es liegt sonach nahe, den Begriff der vis maior

mit einer Steigerung der Diligenz in Verbindung zu bringen und als ein Merkmal derselben die Unüberwindbarkeit durch eine Diligenz, die grösser ist, als die des bonus paterfamilias, hinzustellen. Dass eine solche Steigerung der Diligenz möglich ist, ist nicht zweifelhaft. Werden gemiethete Möbel durch Einbruch aus einer verschlossenen Wohnung entwendet, so ist das in der Regel casus. Der sorgfältige Mann hatte seiner Pflicht genügt, wenn er die Wohnung gehörig verschloss. Gewiss aber konnten noch stärkere Sicherungsmittel in Anwendung kommen: Ketten, andere Sperrvorrichtungen und eigens angestellte Wächter.

Damit hätte man aber für die vis maior auch nur einen relativen Begriff: ein Ereigniss, das stärker ist als die gesteigerte Diligenz. Es fragt sich jedoch, ob die Bedingungen des Rechtslebens es gestatten, eine solche Steigerung zu fordern, und, wenn sie dies thun, ob man dadurch zu einer brauchbaren Regel gelangt. Die Erhöhung der geistigen Anspannung, die über das Durchschnittsmass gehende Kraftentwicklung ist im einzelnen Falle möglich, wird aber schwerlich andauernd gefordert werden dürfen. Haftung bis zur vis maior soll aber gerade in Gewerbsverhältnissen stattfinden, die eine continuirliche Thätigkeit in Anspruch nehmen. Der Schiffer soll für den Zufall bis zur vis maior während seiner vielleicht Monate langen Fahrt einstehen, der Gastwirth — man denke an ein täglich mit Fremden überfülltes Hotel — käme kaum je aus der erhöhten Anspannung seiner Kraft heraus.

Wenn der casus durch die Beziehung auf die Diligenz des sorgfältigen Mannes bestimmbar ist, so kommt es weiter darauf an, ob es einen ähnlichen Massstab für die vis maior giebt. Soll an die Stelle des sorgfältigen Mannes der sorgfältigste treten? Logisch bestimmt ist dieser Superlativ freilich, aber als Mass für Lebensverhältnisse ist er

kaum mehr als ein leeres Wort. Die Diligenz äussert sich im Denken und im Handeln: Der vir diligens merkt auf die drohende Gefahr, bereitet die Abwehr vor und strengt in Bekämpfung der Gefahr seine Kraft an. In keiner dieser Richtungen ist ein Aeusserstes bestimmbar. Es bleibt immer ungewiss, was irgend ein Genie hätte voraussehen oder welches letzte Mass von Kraft hätte aufgeboten werden können. Zwar hat die physische Kraft des Einzelnen ihre bestimmbaren Grenzen, aber der Einzelne kann andere Kräfte mannigfachster Art in seinen Dienst stellen. Nothwendig müsste also die gesteigerte Diligenz in eine mittlere Region zwischen der gemeinen und jener äussersten Diligenz zu liegen kommen. Es erwächst sonach die Aufgabe, in dieser mittleren Region den geeigneten Massstab zu finden. Dabei wird es darauf ankommen, die Lösung nicht in jener »ganz vorzüglichen Fähigkeit, Aufmerksamkeit oder Sachkenntniss« der Lehre von der culpa levissima zu finden, und auch das Bedenken zu vermeiden, dass die Ausserachtlassung einer besonders zur Pflicht gemachten Diligenz für einfache culpa gehalten werden könnte.

Die Theorie, welche den Begriff der vis maior an die Diligenz des betheiligten Subjects anknüpft, hat man deshalb als subjective bezeichnet. Der Name giebt auch die eine Seite des Verhältnisses richtig wieder: nur ist festzuhalten, dass das Mass für die Diligenz des Betroffenen nicht in der Fähigkeit des Betroffenen, sondern in der freilich erst zu bestimmenden Fähigkeit eines Mannes von erhöhter Kraft und Sorgfalt liegt. Der Begriff der vis maior ist nach dieser Theorie nicht auf eine bestimmte Art von Ereignissen beschränkt, jedes Ereigniss kann vielmehr vis maior sein, vorausgesetzt, dass es nach Lage der Umstände mit der fraglichen Diligenz nicht abgewendet

werden konnte. Die Theorie erfordert deshalb jedesmal ein Eingehen auf die Bedingungen des Einzelfalls.

Die Gegner der subjectiven Theorie werfen ihr vor, dass sie der Sache nach auf die gemeine Diligenz und culpa hinauslaufe, die Bezeichnung vis maior ginge als inhaltslos nebenher. Nicht das, was der Betroffene mit der entsprechenden Diligenz zur Vermeidung der Gefahr thun könnte oder sollte, sei massgebend, die Merkmale der vis maior lägen in den Ereignissen selbst, in ihrem objectiven Befunde. Diese zweite Theorie wird deshalb als objective bezeichnet. Nach LABEO bei ULPIAN sind das naufragium und die vis piratarum vis maior. Daraus folgte freilich noch nicht mit Nothwendigkeit, dass LABEO auch nur bei diesen beiden Ereignissen die Diligenzfrage beseitigt wissen wollte, aber sein Ausspruch bildete doch den Ausgangspunkt für die Lehre, dass es bestimmte Ereignisse oder Ereignisse mit einem bestimmten objectiven Thatbestande wären, die von dem Begriffe der vis maior umfasst würden. Zunächst begnügte man sich damit, den Schiffbruch, die Piratengewalt und allenfalls einige andere ähnlich erscheinende Ereignisse als vis maior zu behandeln. Mit der Kategorie der Aehnlichkeit war die Möglichkeit einer freilich sehr unsicheren Ausdehnung gegeben. Eine Regel konnte keinesfalls auf diese Weise entstehen, so lange man nicht wusste, auf Grund welcher Merkmale die Ereignisse zu jener Qualifikation kamen. Nur eine Regel kann aber über das unsichere Hin- und Hertappen im einzelnen Falle hinaushelfen. Die Unvermeidlichkeit eines Ereignisses liegt an sich gleicher Weise in der Unzulänglichkeit der menschlichen Widerstandskraft, wie in der Beschaffenheit des Ereignisses; der Begriff der Unvermeidlichkeit schliesst insofern das objective Moment ebenso wohl in sich als das subjective, und es handelt sich nur

um einen Wechsel im Ausdruck, je nachdem man die eine oder die andere Seite des Verhältnisses herauskehrt. Deshalb hätte man, wenn man in diesem Sinne von einer objectiven Theorie sprechen wollte, damit ebenfalls nur einen Wechsel in der Bezeichnung vollzogen. Erst dann würde sich das Verhältniss ändern, wenn die Unvermeidlichkeit sich in den Ereignissen selbst verkörperte, also derart zu einer Eigenschaft derselben würde, dass sie unbedingt und ohne jede Rücksicht auf das Mass der möglichen Widerstandskraft unwiderstehlich wären. Die Theorie wäre also, vielleicht nicht richtig, aber geschlossen und logisch zureichend, wenn es schlechthin unwiderstehliche Ereignisse gäbe. Solche Ereignisse giebt es nun allerdings. Ein ohne jedes Vorzeichen plötzlich auftretendes Erdbeben, dass in Sekunden Strassen und Städte begräbt, ist unwiderstehlich, der Blitz aus heiterem Himmel ist es in der Regel auch. Aber diese Unwiderstehlichkeit wohnt nur dem Ereignisse in concreto bei. Abstract genommen und als bloss möglich in eine Regel gefasst, seiner blossen Art nach kann kein Ereigniss als unbedingt unvermeidlich behandelt werden. Auch dem Erdbeben kann man bisweilen durch Diligenz entgehen, und auch der Blitzgefahr gegenüber giebt es unter Umständen Vorsichts- und Vorkehrungsmassregeln. Arten von Ereignissen, die vermöge ihres lediglich objectiven Befundes als vis maior zusammengefasst werden könnten, gewinnt man mithin durch das Kriterium der Unwiderstehlichkeit nicht. Es wird sich fragen, ob es gelungen ist oder gelingen kann, andere in den Ereignissen selbst liegende und von der Diligenz abstrahirende Kriterien aufzufinden.

Jedes Ereigniss kann im Einzelfalle, wenigstens insoweit es schädigend wirkt, verschuldet sein; ist es das, so hört es auf, casus zu sein. Das Moment der Nichtver-

schuldung gehört daher zum Begriffe des casus. Will man die vis maior als befreienden casus festhalten, so muss man in ihren Begriff das Merkmal der Nichtverschuldung aufnehmen. Vom Standpunkte der objectiven Theorie umfasst dann die vis maior bestimmte Arten von Ereignissen, vorausgesetzt, dass sie nicht verschuldet sind. Dabei bleibt es möglich, neben dem entsprechenden objectiven Befunde des Ereignisses auch noch eine gesteigerte Diligenz des Betroffenen zu verlangen und so die subjective und objective Theorie zu verbinden. Will man die Verschuldungsfrage ganz beseitigen, so muss man aufhören, die vis maior als eine Art des casus zu behandeln.

Soviel zur vorläufigen Orientirung über die objective Theorie. Ob es derselben gelungen ist oder gelingen kann, den Begriff der vis maior auf ihrem Wege zureichend zu bestimmen und dabei ein klares und practisch brauchbares Resultat zu erreichen, muss auch hier der weiteren Untersuchung überlassen bleiben.

§ 2.

Uebersicht über den Gang der Untersuchung.

Im Mittelpunkt der Untersuchung steht die Frage, was versteht das römische Recht in der Lehre vom receptum unter vis maior? Dabei kommt es namentlich auf die Auslegung der im § 1 citirten Sätze der l. 3 § 1 D. naut. 4,9 an. Diese Auslegung setzt die Kenntniss des Sinnes voraus, welchen die Quellen im Allgemeinen mit der Bezeichnung vis maior verbinden. Bei der deshalb anzustellenden Untersuchung werden wiederum die Stellen abzusondern sein, in denen vis maior in einem ähnlichen Sinne, wie angeblich bei dem receptum, gebraucht zu sein scheint. Dies ist der Fall bei der locatio conductio operis und dem Rechtsverhältnisse des horrearius.

Die ältere Litteratur vor GOLDSCHMIDT trägt zur Klarstellung des Begriffes nichts bei. Es genügt, wenn vor dem Eintritt in die Untersuchung der Quellen an einer Reihe von Schriftstellern gezeigt wird, wie unzureichend die Ergebnisse sind. Die neuere Rechtswissenschaft dagegen muss, namentlich in ihren Hauptvertretern, ausführlich behandelt werden.

An die Feststellung des Begriffes im römischen Rechte schliesst sich die Untersuchung desselben im Handelsgesetzbuche, im Reichshaftpflicht- und Reichspostgesetze, wobei auch die Rechtslehrer, soweit erforderlich, zu berücksichtigen sind, die den Begriff vornehmlich in Anlehnung an diese Gesetze zu erklären suchen.

Was die Rechtssprechung betrifft, so ist jedenfalls zu zeigen, welche Stellung der oberste Gerichtshof zu dem

Begriffe einnimmt. Die Art und Weise der Anwendung des Begriffes in der Praxis enthält gleichzeitig eine Probe auf seinen theoretischen Werth.

Nicht zwar dem Namen, aber dem Begriffe nach soll die höhere Gewalt auch in den Reichsprozessordnungen Aufnahme gefunden haben. Auch diese Frage und was daraus für den Werth des Begriffes folgt, wird schliesslich zu erörtern sein.

Ebenfalls aus der Wurzel des römischen Rechtes ist die vis maior als force majeure, forza maggiore, act of God or the Queens ennemies u. s. w. in andere moderne Rechte übergegangen. Ich gehe hierauf nicht weiter ein, da ich mir eine Förderung meiner Aufgabe nicht davon verspreche.

§ 3.

Die vis maior in der Rechtswissenschaft bis zu Goldschmidt.

Die Glosse erklärt die vis maior mit Hilfe der culpa levissima:

> Gl. ad. l. 3 D. naut. 4,9 in verb.: »Etiam si sine culpa« Scil. levi, levissima tamen intervenit, nam si nec levissima intervenit, ergo fuit casus fortuitus, et sic non tenetur.

Erst, was auch nicht mehr als culpa levissima erscheint, ist vis maior. Demnach ist jeder Fall auf das Mass der von dem Verpflichteten beobachteten Diligenz anzusehen. Jedes Ereigniss kann vis maior sein — und ist es, wenn es nicht mit der der culpa levissima angeblich entsprechenden Diligenz, also nicht mit vorzüglichen Fähigkeiten oder ungewöhnlicher Sachkenntniss oder Aufmerksamkeit abwendbar war. Dieser Erklärungsversuch lag, wenn man einmal eine culpa levissima annahm, nahe. Die Ansicht der Glosse war deshalb auch lange Zeit herrschend, und VINNIUS, der ihr beipflichtet, hält sie für so einleuchtend, dass ihm ein Widerspruch dagegen nicht wohl zulässig erscheint[1]). Auch TITIUS[2]), KRAUSE[3]) und QUISTORP[4]) stehen auf demselben Standpunkte.

---

1) VINNIUS, commentar. ad J. lib. III tit. 25 § 5 no. 2: Igitur ex sententia Jurisconsulti is, qui recepit, praestat medium aliquid inter culpam et casum fortuitum: atqui hoc medium nihil aliud esse fateri omnes debent, quam culpam levissimam.

2) TITIUS, in iure privat. Rom. germ. lib. X cap. XIV § 8 sqq.

3) KRAUSII diss. de actione de recepto casum fortuitum non persequente, ad explicat. l. 3 § 1 D. naut.

4) JOH. CHRIST. QUISTORP, rechtliche Bemerkungen, Theil I, Bem. 100.

Schon die Glosse kennt aber eine zweite Ansicht:

Quidam tamen dicunt, quod licet non adhibeat levissimam culpam quis, puta quia fuit furto subtracta, ubi non est fortuitus casus (nam furtum non computatur inter fortuitos casus, sed latrocinium), quod tunc tenetur. Gl. ad. leg. cit.

Die Anhänger der objectiven Theorie der vis maior ziehen diese Stelle für sich an, auch wird darin jedenfalls ausgesprochen, dass gewisse Ereignisse, namentlich das furtum, selbst bei fehlender culpa levissima, nicht als vis maior anzusehen seien. Indessen das Herausnehmen gewisser casueller Ereignisse aus dem Kreise der nicht vertretbaren Unfälle verträgt sich auch mit der subjectiven Theorie. Dass die befreiende Wirkung anderer casueller Ereignisse von deren objectiven Eigenschaften, nicht von der Diligenz des Betroffenen abhinge, braucht nicht die Meinung der quidam gewesen zu sein. So gewiss die Abstellung der Frage auf die culpa levissima dem subjectiven Standpunkte angehört, so bedenklich ist es, für den objectiven Standpunkt in dem Sinn, in dem er heute betont wird, auch nur annähernd in der älteren Litteratur Vorgänger zu finden. Zwar halten sich zahlreiche Schriftsteller an die in den Quellen gegebenen Beispiele des naufragium und der vis piratarum, die sie dann auf Ereignisse von anscheinend ähnlicher Beschaffenheit ausdehnen. Das Charakteristische dieser Ereignisse, das gleichzeitig den Anhalt für die Ausdehnung bietet, finden sie aber vorwiegend in den den Ereignissen in verschiedenen Fragmenten beigelegten Prädikaten: quibus resisti non potest, quibus humana infirmitas resistere non potest, cum praevideri non possint, also in der Unwiderstehlichkeit und Unabwendbarkeit. Was aber unter dieser Unabwendbarkeit im Gegensatze zum casus, der — nehmlich

für die Diligenz des sorgfältigen Mannes — auch unabwendbar ist, zu verstehen sei, wurde nicht weiter bestimmt. Vollends tritt die Frage zurück, ob denn diese Unwiderstehlichkeit von irgend welchem Diligenzmassstabe oder von objectiven Eigenschaften der Ereignisse abhängig sei. Selbst da wo gewissermassen eine geschlossene Reihe von als vis maior qualificirten Ereignissen auftritt und wo also insoweit mit Recht von einem objectiven Standpunkt gesprochen werden kann, wird doch die Verbindung mit der subjectiven Anschauung dadurch gewahrt, dass auch diese Ereignisse nur dann vis maior sind, wenn sie im gegebenen Falle nicht abgewendet werden konnten. Ein lediglich objectives Kriterium findet sich nirgends, und von dem Eingehen auf den einzelnen Fall wird nicht abgesehen. Nicht selten scheint sich der Gegensatz zu den unabwendbaren und unwiderstehlichen Ereignissen trotz des cui humana infirmitas resistere non potest, unter dessen Devise sie aufmarschiren, auf nichts anderes zu reduciren, als auf das leidige furtum.

So bestimmt D'AVEZAN[1]) die casus fortuiti et fatales, worunter immer die vis maior verstanden wird, zwar als solche, qui nullo humano consilio praevideri possunt. Das humanum consilium ist aber jedenfalls das consilium, wenn nicht des Betroffenen, so doch das consilium eines aufmerksamen Mannes. Denn abgesehen davon, dass die Zahl der casus fortuiti von D'AVEZAN als immensus bezeichnet wird, heisst es vom furtum, dass es regulariter non fit sine culpa eius, qui custodiam praestare tenetur ideoque non dicitur casus fortuitus, quia cura et diligentia praecaveri potest.

1 Joh. D'AVEZAN, Contractuum lib. I cap. 23 in thes. MEERMANN tom. IV pag. 50.

Ziemlich ausführlich behandelt PROUSTEAU[1]) die vis maior. An sich versteht er unter damnum fatale et maior vis id omne, quod praevideri non potest. Auch er spricht von der sehr grossen Zahl der casus fortuiti und bemerkt, dass in den Quellen sieben Species von Ereignissen als ebensoviel Beispiele für casus fortuiti angeführt werden[2]). Daran schliesst er dann eine Reihe weiterer Beispiele. In Betreff des incendium, das mit dem furtum stets die meisten Zweifel erregte, hebt er hervor, dass nicht das incendium dahin gehöre, was durch Schuld der Sklaven oder der Hausbewohner, die mit Feuer unvorsichtig sind, entsteht, sondern das quod extranea vi per grassatores praedones et incendiarios incognitos aut etiam coelitus immittitur. Im Uebrigen erwecken die Beispiele zwar zum Theil den Anschein, als ob es sich um Ereignisse von ganz ausserordentlicher Wucht und Stärke handele, z. B. impetus fluminis, quo totus fundus aut illius pars ablata fuerit, qualis aquarum inundatio saepe contingit in Hollandia. Indess läuft schliesslich doch im Wesentlichen der Maassstab für die Unwiderstehlichkeit auf die cura und diligentia des Betroffenen hinaus, wie ebenfalls aus der Stellung zum furtum hervorgeht[3]).

LAUTERBACH[4]) führt die Quellenbeispiele der vis maior

---

1) PROUSTEAU, Recit. ad l. 23 D. de reg. jur. cap. 8 (in thes. MEERMANN tom. III pag. 495 sqq.

2) Animalium casus pecorum scilicet aut servorum; servorum fuga; rapina; tumultus; incendium; aquarum magnitudo; impetus praedonum.

3) Der vom extraneus begangene einfache Diebstahl ist kein casus fortuitus, weil er durch die Diligenz und custodia verhütet werden kann, dagegen diversa videtur esse ratio furti domestici, quod uxor aut alii, quibus est necessario confidendum, familiares admitterint, ab hoc enim vix ac ne vix quidem sapientissimus homo praecavere potest et ideo furtum domesticum casibus fortuitis annumerant viri doctissimi Duarenus u. s. w.

4) LAUTERBACH. Vol. III dissert. academ. dissert. 505. cap. 37—41.

an und bemerkt dazu: contra eiusmodi enim casus inevitabiles et ad damna inde provenientia avertenda parum proficit humana cura et custodia, und referirt, dass in Magdeburg Gastwirthe, denen bei einem wegen Münzverschlechterung entstandenen Tumulte recipirte Gegenstände entwendet seien, wegen vis maior absolvirt seien. Er unterscheidet zwischen einem casus, der regulariter culpam possessoris in se non habet und solchem casus, qui regulariter sine possessoris culpa contingere non solet ac humana cura et custodia praecaveri potest. Für letzteren haftet der Recipient, für den ersteren nicht, falls ihm nicht etwa levissima culpa nachgewiesen wird.

PUFENDORF[1]) macht wenigstens in Betreff des damnum fatale, quo caupo liberatur, die auch bei anderm vielfach wiederkehrende Unterscheidung zwischen damna extrinsecus contingentia und damna quae in ipsa caupona contingunt. Für letztere lässt er den caupo haften, weil er es in seiner Gewalt habe, sie abzuwenden.

Nach LEYSER[2]) entschuldigt damnum fatale oder vis maior den Recipienten wenigstens dann, wenn er klar beweisen kann, talem fuisse calamitatem, quam neque ipse neque sui quantamque adhibuissent diligentiam avertere potuissent. Cuius exemplum in incendio ex fulmine aut in aedibus vicinis orto, in naufragio, in vi praedonum occurrit.

Sehr bezeichnend für das Unzureichende des Ergebnisses ist auch GLÜCK. Nach ihm[3]) versteht man unter casus ein solches Ereigniss, welches entweder bei aller menschlichen Klugheit nicht vorausgesehen werden, demnach durch die menschlichen Kräfte nicht abgewendet

1) PUFENDORF, observationes tom. IV observ. 40 § 6.

2) LEYSER, meditat. ad Pand. Tom. I. p. 571.

3) GLÜCK, Pand. Bd. IV. § 325. S. 363.

werden konnte. Er bemerkt dann[1]), dass ein casus von einer Wirkung der Natur z. B. Erdbeben, Wetterschaden u. s. w. herrühren könne und sagt in der Anmerkung hierzu, die Gesetze bezeichneten dergleichen Unfälle, die von einer unabwendbaren Wirkung der Natur herrührten, mit dem Ausdrucke vis maior, vis naturalis, vis divina, fatum. Damit vergleiche man, was er in der Lehre vom receptum sagt[2]): damnum fatale (vis maior) d. i. ein solcher Zufall, der auch bei der grössesten Sorgfalt und Aufmerksamkeit nicht abgewendet werden könnte,« oder »vis maior, welcher Ausdruck eine solche Begebenheit bezeichnet, die man auf keine Weise abzuwenden oder der man durchaus nicht zu widerstehen im Stande ist. Dahin werden dann wieder Einfall der Feinde, Ungewitter, im Nachbarhause entstandener Brand u. w. gerechnet. Derartige casus fortuiti sollen den Gastwirth befreien, andere, wenn auch unverschuldete, die aber »eine solche physische Unmöglichkeit des Abwendens nicht mit sich führen«, wie Diebstahl von Leuten im Hause und im Gasthofe entstandenes Feuer, nicht.

Man sieht, casus und vis maior fliessen zusammen. Zwischen unabwendbaren und auf keine Weise abwendbaren Begebenheiten ist kein fassbarer Unterschied. Praktisch wäre dann nur die Annahme, dass Diebstahl von Leuten im Hause, im Gasthofe entstandenes Feuer nicht vis maior sein sollen. Dabei aber scheint GLÜCK der Ansicht zu sein, dass diese Ereignisse bei grösster Aufmerksamkeit abwendbar sind, so dass also in ihrer Nichtabwendung immer eine gewisse culpa liegen würde.

Nach HOLZSCHUHER[3]) haftet der Recipient »für den

1) Ebenda. S. 365.

2) GLÜCK, Pand. Bd. VI. §§ 486, 487 S. 109 u. § 490 S. 120.

3) HOLZSCHUHER, Theorie und Casuistik Bd. III S. 911.

Zufall, nur nicht für den ganz unabwendbaren, nicht für eine von aussen kommende Gewalt (vis maior).« Zu den ganz unabwendbaren Zufällen soll deshalb auch nach ihm nur der im Nachbarhause entstehende Brand, Einbruch, Sturm u. s. w. gehören, nicht aber Diebstahl seitens der Hausbewohner und der im Wirthshause entstandene Brand. HOLZSCHUHER nimmt also das Kriterium der Herkunft von aussen in den Begriff der vis maior auf. PUCHTA[1]) berührt den Begriff und zwar in der Lehre vom receptum mit wenigen Worten und beschränkt ihn ebenfalls auf von aussen kommende Ereignisse. Nach MACKELDEY[2]) wird das, was wir Zufall nennen, im römischen Recht vis maior, vis divina, vis naturalis, fatum genannt. Nach ARNDTS[3]) haften Schiffer, wofern nicht fremde Gewaltthat oder reiner Zufall den Verlust verursacht. MITTERMAIER[4]) versteht unter höherer Gewalt ein Ereigniss, das der Schuldner nicht vorhersehen und vermeiden konnte, in Ansehung dessen ihn auch keine Schuld trifft.« Bei MÜHLENBRUCH[5]) befreit der rein zufällige, sowie der durch vis maior entstandene Schaden und bei THIBAUT[6]) »der blosse Zufall, unter welchem Begriff hier jedoch die freien, schädlichen, dem Wirthe selbst unabwendlichen Handlungen derer, welche er aufnahm, nicht stehen.« Nach HASSE[7]) ist die vis maior »eine solche Kraft von aussen, die in der Regel nicht durch menschliche Macht oder doch nicht die Kraft des Einzelnen zu überwinden ist: Alter, Krankheit, Raub, Brand, Einsturz.« Davon unterscheidet er bei dem receptum

1) PUCHTA, Pand. § 314.
2) MACKELDEY, Lehrbuch § 341.
3) ARNDTS, Pand. § 289.
4) MITTERMAIER, Grundriss des Deutschen Privatrechts II. § 540.
5) MÜHLENBRUCH, Pand. Bd. III. § 451
6) THIBAUT, Pand. § 571.
7) HASSE, Die culpa des römischen Rechts S. 216.

nautarum ein damnum fatale oder eine vis maior im engeren Sinne, in welchem furtum und damnum injuria datum in keinem Fall zur vis maior gehören. Nach PÖHLS[1]) endlich wird der Fuhrmann durch damnum fatale befreit. Aber: »was unter diesem damnum fatale zu verstehen sei, lässt sich schwer bestimmen. Nur soviel ist gewiss, dass eine unabwendbare höhere Gewalt ihn befreit.«

1) PÖHLS, Handelsrecht I. S. 146.

§ 4.

Der Ausdruck vis maior im Allgemeinen.

In der Lehre vom receptum ist vis maior ein Etwas, das den Schuldner von der Pflicht zur unversehrten Rückgabe eines recipirten Gegenstandes befreit. Mag das Eigenthümliche ihres Wesens, das sie zu dieser Wirkung befähigt, in ihrem Verhältnisse zur Diligenz des Schuldners oder in ihren objectiven Eigenschaften liegen, sie bethätigt sich, indem sie in eine auf Restitution einer Sache gerichtete Obligation modifizirend eingreift.

Von diesem besonderen Wesen der vis maior sagt die für sie gewählte Bezeichnung selbst nichts aus. Vis maior ist grössere Kraft, und, in einem engeren Sinne von vis, grössere Gewalt. Damit ist nichts als eine Beziehungsform gegeben, und ein positiver Inhalt für das in diesem Sinne als vis maior bezeichnete Ereigniss entsteht erst mit Kenntniss der Kraft oder Gewalt, der gegenüber die Steigerung behauptet wird. Je nach der Kraft, mit welcher die Vergleichung stattfindet, kann dasselbe Ereigniss in dem einen Falle vis maior sein, in dem anderen nicht. Nimmt man als die Kraft, im Verhältnisse zu der von einer grösseren Kraft gesprochen wird, die Diligenz des bonus paterfamilias, so würde nichts entgegenstehen, auch den casus als vis maior zu bezeichnen. Lediglich in dem das Stärkeverhältniss zwischen zwei Kräften ausdrückenden Wortsinne ist in l. 7 D. de adq. poss. 41,2 von vis maior die Rede:

> Sed et si nolit in fundum reverti, quod vim maiorem vereatur, amisisse possessionem videbitur . . . . .

Der heimkehrende Besitzer eines Grundstückes, das während seiner Abwesenheit von einem Dritten occupirt ist, unterlässt es, sich des Grundstückes wieder zu bemächtigen, weil er auf einen Stärkeren zu stossen fürchtet. In dem gleichen Sinne kommt anscheinend vis maior in l. 33 in fine D. loc. 19,2 vor.[1])

Andererseits entspricht es dem Sprachgebrauche, die Form der Steigerung bisweilen in einem absolutem Sinne zu gebrauchen und grössere Gewalt für eine besonders grosse Gewalt zu nehmen. Vis maior wird dann zu einem geeigneten Ausdruck für solche Kräfte, die regelmässig mit einer besonderen Wucht auftreten, also namentlich für gewisse Naturkräfte. Bei PLINIUS histor. nat. lib. XVIII cap. 69 heisst es:

> Ante omnia autem duo genera esse caelestis iniuriae meminisse debemus. unum, quod tempestates vocamus, in quibus grandines, procellae, ceteraque similia intelleguntur: quae cum acciderint, vis maior appellatur, Haec ab horridis sideribus exeunt, veluti Arcturo, Orione, Hoedis. alia sunt illa, quae silente coelo serenisque noctibus fiunt, nullo sentiente, nisi cum facta sunt.

Caelestes iniuriae sind die schädlichen Wirkungen, welche vom caelum im Sinne von PLINIUS histor. nat. lib. II cap. 38, dem aër, der unteren uns umgebenden Luftschicht ausgehen. Von den beiden Klassen, in welche PLINIUS die caelestes iniuriae theilt, umfasst die eine die schweren Unwetter, Hagelschauer, heftigen Stürme und dergleichen, und diese Unwetter, wenn sie eintreten, werden vis maior genannt. Hier wird also vis maior geradezu zu einem Namen für eine bestimmte Art von Naturereignissen,

1) l. 33 in fine D. loc. 19,2 . . . . sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis.

deren Characteristisches in der Gewalt, mit der sie hereinbrechen, nicht aber etwa in dem Unerwarteten und Aussergewöhnlichen ihres Erscheinens besteht. Brachten doch nach der herrschenden Vorstellung der Untergang des Orion, sowie der Aufgang und Untergang des Arcturus regelmässig die heftigsten Stürme. Den Gegensatz bilden die caelestes iniuriae der zweiten Klasse, die bei ruhigem Himmel und in heiterer Nacht in Wirksamkeit treten und nur an ihren Wirkungen erkannt werden. Auch COLUMELLA[1]) spricht von der caeli vis maior, freilich unmittelbar daneben auch von der vis maior praedonis.

Die eingehendere Bezugnahme auf PLINIUS hatte wesentlich den Zweck zu der Stelle aus GAIUS lib. X ad edict. provinc. in l. 25 § 6 D. loc. 19,2 hinüberzuleiten.

> Vis maior, quam Graeci θεοῦ βίαν appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus.

Man hat nicht ungern diese Stelle angezogen, um Licht in den Begriff der vis maior bei dem receptum zu bringen. Es handelt sich hier um den Anspruch des Pächters auf Erlass am Pachtzinse wegen Schmälerung des Fruchtertrages. Ein solcher Anspruch steht dem Pächter zu, wenn die Perception der Früchte durch ungewöhnliche oder ausserordentliche Ereignisse, die er nicht von vornherein in Rechnung zu ziehen hatte und die er auch nicht abwenden konnte, in einem bedeutenderen Umfange verhindert worden ist. EXNER für seine Unterscheidung zwischen vis maior und casus lehnt sich an dies Merkmal des Ausserordentlichen, nicht vorher in Anschlag Gebrachten an. — Zuzugeben ist, dass nach den Worten des GAIUS auch dem Juristen der Ausdruck vis maior als Bezeichnung

---

1) COLUMELLA, 1,7: nisi si caeli vis maior aut praedonis incessit.

für eine gewisse Klasse von Ereignissen nicht unbekannt war. Aber damit kommt man noch nicht über PLINIUS hinaus. Auch GAIUS meint in dieser Stelle mit vis maior nur gewisse mit besonderer Heftigkeit und Gewalt auftretende Naturereignisse. Der Zusatz quam Graeci θεον βιαν appellant soll nicht den Begriff überhaupt erklären, sondern nur diejenige Bedeutung desselben feststellen, in der er hier zur Anwendung gebracht wird. In βία liegt nichts vom Unerwarteten, vielmehr ist βία ganz eigentlich die mit besonderer Kraft auftretende Gewalt, namentlich auch in der Anwendung auf die Gewalt der Stürme. βία θεοῦ wird in l. 24 § 4 D. de damn. inf. 39,2 als vis divina bezeichnet, und diese vis divina wird dort namentlich der violentia ventorum zugeschrieben. In den Begriff der vis maior auch die sonstigen Voraussetzungen des Remissionsanspruches hineinzutragen, liegt kein ausreichender Anhalt vor. Dass namentlich der Umfang des Schadens nichts mit dem Begriffe der vis maior gemein hat, sagt GAIUS selbst. Die vis maior soll dem Pächter nicht zum Schaden gereichen, wenn sie die Früchte mehr als ertragbar verletzt hat: vis maior bleibt sie auch bei einem geringeren Masse der Beschädigung, nur begründet sie dann keine Remission. Es ist deshalb mindestens zweifelhaft, ob GAIUS die uredo und rubigo, den Brand an den Pflanzen, den man auf grossen Frost oder grosse Hitze zurückführt und der nach l. 15 § 2 D. loc. 19,2 die Remissionsforderung rechtfertigt, zur vis maior gerechnet haben würde. PLINIUS im Fortgange seiner oben angezogenen Ausführung thut dies von seiner Eintheilung der caelestes iniuriae aus nicht. In jedem Falle spricht GAIUS nur von Naturereignissen, die ja auch bei der Materie, von der er handelt, vorwiegend in Frage kommen. Schon dies liesse bei dem Versuche, von dieser Stelle aus einen allgemein

giltigen Begriff der vis maior zu gewinnen, Vorsicht geboten erscheinen. Denn das ist ja gewiss, ergab sich bereits bei der vis piratarum in l. 3 § 1 D. naut. 4,9 und wird noch bei zahlreichen anderen Stellen, auch solchen, die von GAIUS herrühren, ersichtlich werden, dass dem allgemeinen Begriffe der vis maior die Beschränkung auf Naturereignisse fremd ist. Die bei der Pachtremission in Betracht kommenden Ereignisse müssen ferner zwar für den Pächter unvermeidbar gewesen sein (»vis, cui resisti non potest« in l. 15 § 2 D. loc. cit.), aber unter dieser Unvermeidbarkeit versteht man doch nur eine Unvermeidbarkeit nach dem Massstabe des vir diligens. Den Gegensatz zu den vom Verpächter durch seine Pflicht zum Pachtnachlasse zu vertretenden Ereignissen bilden nach derselben lex die vitia ex ipsa re: veluti si vinum coacuerit; si raucis aut herbis segetes corruptae sint. Insbesondere aber hat man es bei dem Remissionsanspruche nicht mit einer Verpflichtung des Schuldners zur Restitution einer Sache und dem Einflusse zu thun, welchen die Vernichtung oder Beschädigung dieser Sache durch vis maior auf jene Verpflichtung haben könnte.

Von einer vis divina, θεοῦ βία, ist, wie wir sahen, auch bei der cautio damni infecti die Rede. Mit Rücksicht auf das damnum, quod extrinsecus contingit der l. 24 § 3 D. de damn. inf. 39,2, das man für das Requisit der äusseren Herkunft der vis maior zu verwerthen versucht hat, komme ich indess später noch einmal auf die cautio damni infecti zurück. Hier mag die Bemerkung genügen, dass zwischen der Verpflichtung des Caventen und der Restitutionspflicht des Recipienten keine Analogie besteht.

§ 5.

Der Ausdruck vis maior im Allgemeinen. Fortsetzung.

Ich lasse nunmehr, soweit es hier erforderlich scheint, im Wortlaute eine Reihe von Quellenstellen hintereinander folgen:

I. l. 52 § 3 D. pro soc. 17,2. Ulpianus lib. XXXI ad edictum.

Damna quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, socii non cogentur praestare: ideoque si pecus aestimatum datum sit et id latrocinio aut incendio perieret commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit eius, qui aestimatum pecus acceperit: quod si a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est, quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit. haec vera sunt, et pro socio erit actio, si modo societatis contrahendae causa pascenda data sunt quamvis aestimata.

II. l. 5 §§ 4—6 D. comm. 13,6 Ulpianus lib. XXVIII ad edictum.

Quod vero senectute contigit vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat. proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquid damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit. Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare. Sed an etiam hominis commodati custodia praestetur, apud

veteres dubitatum est. nam interdum et hominis custodia praestanda est, si vinctus commodatus est, vel eius aetatis, ut custodia indigeret: certe si hoc actum est, ut custodiam is qui rogavit praestet, dicendum erit praestare.

III. l. 18 Pr. D. eod. GAIUS lib. IX ad edictum provinc.

In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent.

IV. l. 1 § 4 D. de O. et A. 44,7 GAIUS lib. II aureor.

Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nihilominus obligatus permanet: is vero qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio ruina naufragio, rem quam accepit amiserit, securus est. alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit. sed et in maioribus casibus, si culpa eius interveniat, tenetur, veluti si quasi amicos ad cenam invitaturus argentum, quod in eam rem utendum acceperit, peregre proficiscens secum portare voluerit et id aut naufragio aut praedonum hostiumve incursu amiserit.

V. § 2 J. quib. mod. re contr. obl. 3,14.

. . . . . et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, veluti incendio ruina naufragio aut latronum hostiumve incursu, nihilominus

obligatus permanet. at is qui utendum accepit sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire: sed propter maiorem vim maioresve casus non tenetur, si modo non huius culpa is casus intervenerit: alioquin si id quod tibi commodatum est, peregre ferre tecum malueris et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris, dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis.

VI. l. 13 § 1 D. de pign. act. 13,7 Ulpianus lib. XXXVIII ad edictum.

Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato: venit et custodia: vis maior non venit.

VII. l. 30 eod. PAULUS lib. V epithomarum Alfeni Vari digestorum.

Qui ratiario crediderat, cum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit: postea flumen crevit et ratem abstulit. si invito ratiario retinuisset, eius periculo ratem fuisse respondit: sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret, culpam dumtaxat ei praestandam, non vim maiorem.

VIII. l. 6 C. de pign. act. 4,24.

Quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint, (in quibus etiam aggressura latronum est) nullo bonae fidei iudicio praestantur: et ideo creditor pignora, quae huiusmodi casu interierunt, praestare non compellitur nec a petitione debiti submovetur, nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem.

IX. l. 28 C. de loc. 4,65.

In iudicio tam locati quam conducti dolum et custodiam non etiam casum, cui resisti non potest, venire constat.

X. l. 1 C. de comm. 4,23.

Ea quidem, quae vi maiore auferuntur, detrimento eorum quibus res commodantur imputari non solent. sed cum is, qui a te commodari sibi bovem postulabat, hostilis incursionis contemplatione periculum amissionis ac fortunam futuri damni in se suscepisse proponatur, praeses provinciae, si probaveris eum indemnitatem tibi promisisse, placitum conventionis implere eum compellet.

XI. l. 19 C. de pign. 8,13.

Sicut vim maiorem pignorum creditor praestare necesse non habet, ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur.

XII. l. 2 § 1 D. de peric. et comm. 18,6 Gaius lib II cotid. rer.

Custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an vero dolum dumtaxat, videamus. et puto eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum.

Eine Definition der vis maior unmittelbar findet sich auch in diesen Stellen nicht. Aber in dem unter XII citirten Fragmente erscheinen damnum fatale und vis magna als zwei Bezeichnungen für denselben Begriff, auch lässt l. 3 § 1 D. naut.[1]) keinen Zweifel, dass damnum fatale und vis maior dasselbe bedeuten. Es wird sich deshalb fragen, ob nicht vom damnum fatale aus eine Erklärung für die vis maior zu gewinnen ist. Die Worte damnum fatale — vom Geschicke verhängter Schade oder, damnum im Sinne des schadenbringenden Ereignisses selbst, schädliches Verhängniss — geben keinen Aufschluss. Wohl

1) cf. oben § 1.

aber werden in der unter I citirten lex die damna fatalia als damna quae imprudentibus accidunt erläutert. Was sind nun imprudentes?[1]) Die Meinungen sind getheilt[2]). Keinesfalls sind es Unkluge oder Unvorsichtige, aber auch nicht schlechtweg solche, die sich zu einem Ereignisse nicht versehen. In jedem Falle muss zu dem Nichtversehen das weitere Moment hinzutreten, dass man sich nicht versehen konnte. Die imprudentes sind, wie GOLDSCHMIDT[3]) sagt, »Nichtwissen- oder Nichtvorhersehenkönnende«; damna fatalia sind also Ereignisse, die von den davon Betroffenen nicht vorhergesehen werden konnten und aus diesem Grunde nicht abwendbar waren. Darin liegt nichts von einer absoluten Unabwendbarkeit, auch nichts von einer besonderen Intensität des nicht vorhergesehenen Ereignisses: ein Ereigniss kann, wenn vorausgesehen, leicht vermeidbar sein, während ihm, wenn es unvermuthet kommt, nicht begegnet werden kann. Es liegt auch nichts darin, wodurch mehr als die Unvorhersehbarkeit von Seiten des sorgfältigen Mannes erfordert würde. Insofern ist auch der casus ein damnum quod imprudentibus accidit. Ein Unfall kann zwar auch unverschuldet sein, weil es nicht möglich war, das selbst vorhergesehene Ereigniss zu überwinden. ULPIAN hebt jedoch diese Seite nicht hervor, seine Definition kann insofern unvollständig genannt werden; dass er aber so verfährt und das Gewicht nur auf die fehlende Voraussehbarkeit legt, in Folge welcher auch sonst vermeidbare Unfälle

1) BARON, die Haftung für custodia im Arch. f. civ. Pr. Bd. LII S. 84 will ohne hinreichenden Grund statt »imprudentibus« »immo prudentibus« lesen.

2) cf. die Citate bei GLÜCK, Pand. Bd. IV S. 323. Anm. 8.

3) GOLDSCHMIDT a. a. O. Bd. III. S. 89.

unabwendbar werden können, das deutet an, dass es nicht die besondere Kraft oder Wucht eines Ereignisses ist, wodurch dasselbe für ihn zu einem damnum fatale wird, und dass man demgemäss im Sinne ULPIAN's nicht berechtigt ist, eine Klasse von regelmässig unwiderstehlichen oder schwer überwindbaren Ereignissen als damna fatalia auszusondern. Unvorhersehbar kann jeder Unfall sein, ob er es war, ergiebt sich nur aus dem einzelnen Falle[1]).

Für solche damna fatalia brauchen socii nicht einzustehen. Daraus (ideoque) folgert ULPIAN für die societatis contrahendae causa erfolgte Uebernahme ästimirten Weideviehes, dass der durch Raub oder Feuer entstehende Verlust an Vieh von den socii gemeinschaftlich zu tragen ist, der Uebernehmer also nicht für den Unfall einzustehen hat. Dagegen soll, wenn das Vieh gestohlen wird, der Uebernehmer den Schaden tragen, und zwar weil, wie ULPIAN sagt, der Sozius, der das Vieh ästimirt empfing, custodia zu prästiren hat. Latrocinium und incendium sind damna fatalia. Es sind Ereignisse, denen oder deren gefährlichen Wirkungen man in der Regel wohl begegnen kann, wenn man weiss, dass sie drohen. Nur so nimmt sie hier auch ULPIAN: wie wird man nicht auf die Weide genommenes Vieh vor einem Feuer retten können, dessen Kommen man kannte? Latrocinium und incendium schlechthin werden hervorgehoben und mit keinem Prädikate ver-

1) GLÜCK a. a. O. und andere tragen ihren Begriff von der vis maior in die imprudentes hinein, wenn sie darunter diejenigen begreifen, die einen gewissen schädlichen Erfolg auf keine Weise voraussehen und abwenden konnten. PERNICE, Labeo Bd. II S. 353 Anmerkung sagt: damna quae imprudentibus accidunt heisst Schaden, der wider alle Voraussicht geschieht, also durch Naturereignisse. Dass dies nicht genau ist, ergiebt schon das in der Stelle als damnum fatale angeführte latrocinium.

sehen, das auf eine ungewöhnliche Intensität deutete. Das »si nihil dolo aut culpa acciderit eius« u. s. w. bezieht sich nicht nur auf das Vorhersehen des Unfalles, sondern auch auf den Widerstand gegen das eingetretene Ereigniss. Raub und Feuer, wovon das Vieh betroffen wurde, sind damna fatalia, wenn sie ohne Verschulden weder vorausgesehen noch überwunden werden konnten. Aber auch das furtum und zwar in seinem engeren Sinne als heimlicher Diebstahl (subreptum sit) ist damnum fatale; denn nicht, weil es das nicht wäre — die ganze Stelle spricht nur von damna fatalia — haftet der Sozius dafür, sondern deshalb, weil der Sozius, der das Vieh ästimirt übernimmt, für custodia einsteht.

Die Fragmente II bis V und Fragment X handeln vom Commodat. Das auch von ULPIAN herrührende Fragment II nennt eine Reihe von Ereignissen, die dem Commodatar nicht zu imputiren sind: senectus, morbus, vis latronum, incendium, ruina. Die Reihe schliesst aber hiermit nicht ab, auf die vis latronum folgt das »quid simile«, und die ganze Aufzählung endet mit dem generellen vel aliquid damnum fatale. Auch senectus und morbus sind damna fatalia, unmittelbar auf sie und in demselben Sinne folgt die vis latronum, das latrocinium des Fragmentes I. In den Fragmenten III, IV und V werden ebenfalls Ereignisse aufgezählt, für die der Commodatar nicht haftet, im Fragmente III als casus, quibus resisti non potest: mortes servorum quae sine dolo et culpa eius (des Commodatars) accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidiae, naufragium, incendium, fugae servorum qui custodiri non solent; im Fragmente IV als maiores casus, quibus humana infirmitas resistere non potest: incendium, ruina, naufragium und am Schlusse

wiederum praedonum hostiumve incursus; im Fragmente V endlich als Ereignisse, die den Darlehnsempfänger nicht frei machen, aber im Gegensatze dazu den Commodatar: incendium, ruina, naufragium, latronum hostiumve incursus. Alle diese Ereignisse sind damna fatalia, aber die Bezeichnungen dafür wechseln: casus, quibus resisti non potest, im Fragmente III, maiores casus quibus humana infirmitas resistere non potest und maiores casus im Fragmente IV, maior vis maioresve casus, beides also gleichbedeutend, im Fragmente V. Indessen die Vergleichung der Fragmente IV und V führt noch zu einem weiteren Ergebnisse. Beide Fragmente stimmen im Wesentlichen überein, die Institutionenstelle sub V giebt die Sätze des GAIUS sub IV mit einigen Modifikationen wieder. In beiden Stellen werden Darlehn und Commodat gegenübergestellt Nach Fragment IV bleibt der Darlehnsnehmer verpflichtet, si quolibet casu quod accepit amiserit, der Commodatar aber wird frei, wenn die geliehene Sache maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio ruina naufragio, verloren geht. Hieraus würde noch keine Gleichstellung zwischen quilibet casus und vis maior folgen, man könnte sagen: der Darlehnsnehmer bleibt verhaftet, wenn die Sache durch welchen Zufall immer, gewöhnlichen casus oder casus maior, zu Grunde geht, auch die Haftpflicht des Commodatars hört nicht auf, wenn der Verlust durch gewöhnlichen casus, sondern nur, wenn er durch maior casus herbeigeführt wird. Anders scheint es indessen mit der Institutionenstelle. Danach bleibt der Darlehnsnehmer verpflichtet, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, demnächst aber folgen dieselben Beispiele, die in Fragment IV zur Erläuterung des maior casus dienten, als Beispiele für den quilibet fortuitus casus.

Wir haben sonach in diesen Fragmenten eine Reihe von Ereignissen, die bald als vis maior, vis magna, damnum fatale und casus maior, bald als casus quibus resisti non potest und maiores casus quibus humana infirmitas resistere non potest, endlich aber auch als fortuiti casus und casus schlechtweg bezeichnet werden. Dieser Wechsel der Bezeichnungen bis herab zum casus spricht dafür, dass vis maior in keinem spezifischen, sie vom casus unterscheidenden Sinne genommen wird, dass unter der Unwiderstehlichkeit, welche hervorgehoben wird, nur die Unwiderstehlichkeit für die Diligenz des sorgfältigen Mannes zu verstehen ist, dass vis maior also ein unverschuldetes Ereigniss ist und dass die einzelnen Ereignisse nicht eine besondere Art von Ereignissen bilden, sondern nur Beispiele für unverschuldete Unfälle sind. Genau genommen kann freilich ein nackt hingestelltes und nicht in Beziehung zur Nichtverschuldung von Seiten eines betheiligten Subjectes gesetztes Ereigniss auch nicht als Beispiel für casus dienen, weil der Unfall erst durch die Nichtverschuldung zum casus wird. Dagegen könnte vis maior durch Aufzählung äusserer, unabhängig von einem betheiligten Subject gedachter Ereignisse erläutert werden, so bald man darunter auch nicht mehr einen potenzirten casus versteht, die Frage nach der Verschuldung also aus dem Begriffe beseitigt und denselben im Sinne der objectiven Theorie zu fassen sucht. Indessen eine ungenauere Sprachweise ist weder uns noch den Römern fremd: auch für den casus werden äussere Hergänge als Beispiele angeführt, der Mangel der culpa wird dabei stillschweigend vorausgesetzt. So sind jedenfalls in l. 23 D. de reg. iur. 50,17 die animalium casus mortesque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, in-

cendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum nichts als Beispiele unverschuldeter Ereignisse. Der Haftung für dolus und culpa in den verschiedenen Obligationen, die er unmittelbar vorher besprochen hat, stellt ULPIAN diese Ereignisse, die a nullo praestantur, lediglich als einfachen casus entgegen; dass sie nicht verschuldet sind, wird nur bei den animalium casus mortesque ausdrücklich hervorgehoben, bei den anderen Ereignissen stillschweigend verstanden. So werden ferner theils mit theils ohne besondere Hervorhebung der Nichtverschuldung als Beispiele für einfachen casus in l. 21 D. de neg. gest. 3,5 naufragium und ruina, in l. 6 § 9 D. de edend. 2,13 naufragium, ruina und incendium, in l. 30 Pr. D. ad leg. Falc. 35,2 neben den mortes servorum ceterorumque animalium, rapinae, incendia, ruinae, naufragia, vis hostium praedonum latronum die furta und debitorum facta peiora nomina aufgeführt. Dass man mit vielen der immer wieder aufgeführten Ereignisse die Vorstellung einer besonderen Intensität zu verknüpfen pflegt, berechtigt nicht, gerade in dieser Intensität ein wesentliches Moment zu finden oder auf Grund dieser Intensität eine besondere Klasse von Ereignissen auszusondern. Nach der zuletzt citirten lex genügt zur Befreiung des Legatars quodcunque damnum, si modo culpa legatarii caret. Weil thatsächlich bei Schiffbruch, Räubergewalt u. s. w. recht häufig eine Verschuldung des dadurch Beschädigten nicht vorliegt, so liegen solche Ereignisse nahe, wenn man nach Beispielen für casus sucht. Je öfter sie wiederholt wurden, um so mehr nahmen sie einen schematischen Charakter an. In der That umfassen sie übrigens auch unter Hinzuziehung des quid simile und ähnlicher zu einer Ausdehnung auffordernder Bestimmungen einen sehr

weiten Kreis aller Hergänge, durch die gemeinhin Untergang und Schädigung herbeigeführt werden.

Freilich folgt daraus, dass gewisse Ereignisse häufig als Beispiele für blossen casus angeführt werden, nicht, dass sie nicht anderwärts unter einem anderen Gesichtspunkte erscheinen könnten. Dasselbe Ereigniss kann casus und vis maior sein, während casus und vis maior verschiedene Begriffe sind. Es sind deshalb die an die Spitze gestellten Fragmente auf die Frage zu untersuchen, ob die vis maior selbst oder die als vis maior erscheinenden Ereignisse etwa unter Gesichtspunkten behandelt werden, unter denen sie sich hinsichlich ihrer Vermeidbarkeit durch Diligenz anders als casus verhalten oder unter denen sie einen besonderen objektiven Art-Charakter annehmen. Dabei ist es unerlässlich, auch den Begriff der custodia, deren Zusammenhang mit der vis maior unter gewissen Voraussetzungen unverkennbar ist, in Betracht zu ziehen.

Die custodia erschien im Fragmente I als der Grund, aus welchem der socius, der das Vieh nach Aestimation desselben auf die Weide nahm, für furtum haftete. Diese custodia kommt indessen hier gar nicht in Betracht, da sie auf einem besonderen Vertrage beruht, der für ihren Umfang massgebend ist. Ebenso ist es im Fragmente X ein besonderer Vertrag, der auf den Commodatar, der sonst einen durch vis maior zugefügten Schaden nicht zu tragen hat, die Gefahr des durch hostilis incursio in Verlust geratenen Viehes abwälzt. Hier handelt es sich um die mit gewissen Obligationen stillschweigend oder gesetzlich verbundene custodia-Pflicht. Leider ist auch der Begriff der custodia nichts weniger als unstreitig, und die Nothwendigkeit, sich zwecks der Bestimmung des zweifelhaften Begriffes der vis maior mit einem anderen mindestens

ebenso zweifelhaften Begriffe abzufinden, gehört mit zu den Umständen, die es so sehr bedenklich machen, mit der höheren Gewalt als einem Begriffe umzugehen, der nur so ohne Weiteres in andere Gesetze verpflanzt werden dürfte. Dabei liegt indessen eine eingehende und selbständige Bestimmung des Begriffs der custodia nicht innerhalb meiner Aufgabe. Nur die Untersuchung kann nicht umgangen werden, von welchen Voraussetzungen aus die Auffassung der custodia von Einfluss auf die Bestimmung der vis maior sein könnte.

Custodia ist Bewachung und Bewahrung einer Sache und schliesst die Verpflichtung zu allen Massnahmen in sich, die zum Schutze von Sachen erforderlich sind. Regelmässig bringt der Inhalt der auf Restitution oder Herausgabe von Sachen gerichteten Obligationen auch ohne Weiteres die Verpflichtung mit sich, die zu restituirende oder zu tradirende Sache zu schützen. Das Mass der Haftung bestimmt sich nach der Natur der Obligation. Wer aus einer Obligation custodiren muss, wenn sonst die Obligation eine Prästation von omnis culpa verlangt, muss auch in custodiendo für die Sorgfalt eines diligens paterfamilias einstehen. In dieser Bedeutung bleibt die custodia auf die Bestimmung des Begriffes der vis maior ohne Einfluss, und, wenn die vis maior beginnt, wo die custodia-Pflicht aufhört, so bedingt die vis maior weder eine besonders gesteigerte Obhut noch das Vorhandensein einer besonderen Klasse von Ereignissen. Der Schuldner wird frei, wenn die geschuldete Sache mit diligens custodia nicht geschützt werden konnte.

Neben dieser custodia soll indess noch eine technische oder Garantie-custodia bestehen, deren Wesen bald darin gesetzt wird, dass der Schuldner, der sie zu prästiren hat,

für Unfälle haftet, falls sie nicht trotz einer Diligenz, die über das Mass der Diligenz des sorgfältigen Mannes hinausgeht, unvermeidbar sind, bald darin, dass er sogar für gewisse Unfälle ohne jede Rücksicht auf Diligenz, also unverschuldet und unbedingt, einsteht. Vis maior soll dann in jenem Falle da liegen, wo die über die Diligenz gesteigerte custodia-Pflicht nicht mehr hinreicht, in diesem Falle, wo der Kreis der unbedingt zu vertretenden Unfälle sich abschliesst. Es ist klar, dass die Annahme der gesteigerten custodia-Haftung den Begriff der vis maior wesentlich beeinflussen würde. Sie wäre dann eben die Erscheinung, die sie nach der sogenannten subjectiven Theorie sein soll. Wieweit die Annahme einer unbedingten Haftung für gewisse Unfälle für den Begriff der vis maior bestimmend wäre, hängt von der Art und dem Umfange dieser Unfälle ab. Würde man das furtum und nur dieses als unbedingt vertretbar hinstellen, so würde sich damit, wie schon mehrfach hervorgehoben wurde, die Auffassung der vis maior als Zufall noch vertragen. Das furtum geht von Menschenhand aus und ist, in seinem eigentlichen Sinne wenigstens, heimlich. Die Ereignisse, die man als Beispiele der vis maior anzuführen pflegt, berühren sich mit dem furtum nirgends. Anders würde es liegen, wenn man den Schuldner für alle Detentionsverluste unbedingt haftbar machte oder seine Garantieverpflichtung auch auf Sachbeschädigungen ausdehnte. Denn jene Verluste nicht minder wie diese Beschädigungen können ihren Grund sowohl in menschlicher Thätigkeit als in Naturereignissen, sowohl in heimlichen Angriffen, wie in einer gewaltsamen Thätigkeit finden. Hier würde es also für die Bestimmungen des Begriffes der vis maior nöthig werden, die Kriterien für jene Ereignisse zu finden, deren Vor-

handensein den Detentionsverlust und die Sachbeschädigung, die sonst vertretbar sind, aus dem Kreise der vertretbaren Unfälle entrückt.

Die herrschende Ansicht geht dahin, dass bei den hier in Frage kommenden Obligationen, dem Commodate, dem pignus, der locatio conductio und der emptio venditio, ihrem allgemeinen rechtlichen Character gemäss auch nur die gewöhnliche diligentia in custodiendo zu prästiren ist. Auch nach der Ansicht von BRINZ[1]) lässt sich selbst für furtum, geschweige denn für andere Ereignisse, eine unbedingte Haftung nur bei dem receptum nautarum und dem horrearius, Verhältnissen, mit denen wir es hier noch nicht zu thun haben, nachweisen. Ebenso nimmt PERNICE[2]) zwar an, dass in älterer Zeit die custodia einen unbedingten Schutz der anvertrauten Sachen gegen Entwendung in sich geschlossen habe, seit der Zeit HADRIANS soll aber auch nach ihm, abgesehen von einzelnen Rechtsverhältnissen, dem receptum und der horrei locatio namentlich, die Haftung für custodia, selbst rücksichtlich des furtum, nur eine Haftung für diligentia in custodiendo gewesen sein. BARON[3]), der eine sehr weitgehende, das Aufkommen für unverschuldeten Diebstahl und unverschuldete Beschädigung bis zur höheren Gewalt in sich schliessende custodia-Verpflichtung annimmt[4]), führt dieselbe zwar auf eine vom Schuldner zu prästirende diligentia exacta oder exactissima, wie sie nur ein diligentissimus paterfamilias leisten könne,

1) BRINZ a. a. O. Bd. II, § 269 S. 274, 275. Anmerkg. 40.

2) PERNICE a. a. O. Bd. II S. 554 ff.

3) BARON a. a. O. S. 44 ff.

4) Bei dem Commodatar, dem Faustpfandgläubiger, dem conductor operis und operarum, abgesehen vom nauta und caupo, immer, dem Verkäufer, conductor rerum, socius, Vormund und Depositar ausnahmsweise.

zurück, gleichwohl soll diese Haftung nicht eigentlich eine Haftung für diligentia, auch nicht für höchste diligentia sein, sondern eine Garantie-Haftung. Der neueste, höchst gründliche Schriftsteller über die custodia, BRUCKNER[1]), ist der Ansicht, dass — immer abgesehen vom receptum — gesetzlich eine Garantie-custodia mit dem Commodate, dem pignus, der locatio conductio und dem Mandate verknüpft ist. Als Voraussetzungen der Garantie-custodia gelten ihm einmal, dass sich die Sache durch den Willen des Herrn in der Detention des Schuldners befindet, dann dass für das betreffende Rechtsverhältniss im Allgemeinen die Prästation der Diligenz des diligens paterfamilias vorgeschrieben ist. Bei allen Inominatcontracten, bei denen diese beiden Voraussetzungen zutreffen, soll ebenfalls für Garantie-custodia eingestanden werden. Das Wesen der Garantie-custodia soll in der unbedingten Haftung für jeden Detentionsverlust, nicht aber für Beschädigungen bestehen: nur vis maior soll befreien. BRUCKNER[2]) geht davon aus, dass ein Schuldner, welchem die Leistung einer Sache durch einen Unfall unmöglich geworden ist, nur dann von der Haftung frei wird, wenn er nicht den Angriff der vis schuldhafterweise herbeigeführt hat, sei es, dass er das Auftreten der vis durch sein Thun direct verursachte, sei es, dass er die Sache in eine Lage brachte, in welcher sie dem Angriffe ausgesetzt war, und wenn ihm ferner nicht das Unterlassen des genügenden Widerstandes gegen den Angriff der vis zum Vorwurfe gereicht. Was die Herbeiführung oder Ermöglichung des Angriffes

---

1) BRUCKNER, die custodia nebst ihrer Beziehung zur vis maior nach römischem Rechte.

2) BRUCKNER a. a. O. S. 257.

betrifft, so soll es stets auf die Schuldfrage, also auf die Aufwendung der erforderlichen Diligenz, ankommen, vis maior kommt nur in Frage, insoweit es sich um die Bethätigung des Widerstandes gegen die aufgetretene vis handelt. Es giebt, wie BRUCKNER annimmt, in abstracto feststellbare Ereignisse, gegen welche regelmässig ein Widerstand nicht möglich ist. Vis maior ist »der in abstracto unwiderstehliche Unfall, wodurch zwar culpa in non faciendo ausgeschlossen ist, dem Vorhandensein von culpa in faciendo jedoch an sich nichts im Wege steht.«[1]) Diese vis maior befreit, wo es sich um die gewöhnliche custodia handelt, von der Nothwendigkeit des Beweises, dass ein Widerstand gegen die aufgetretene vis nicht möglich gewesen sei; wo Garantie-custodia zu prästiren ist, bildet sie die unerlässliche Voraussetzung, dass der Schuldner überhaupt mit seinem Unschuldseinwande gehört wird.

Die exacta und exactissima diligentia, auf die sich BARON wesentlich stützt, drücken nur den Gegensatz zur diligentia quam in suis rebus aus[2]). BRUCKNERs Ansicht beruht auf der Ausführung, dass derjenige, welcher nach den Quellen die actio furti hat, unbedingt für den Diebstahl haftet. Indess die zahlreichen Quellenstellen, nach denen auch die actio furti nur gewährt wird, wenn culpa auf Seiten des Bestohlenen vorliegt, scheinen mir nicht von BRUCKNER in ihrer vollen Bedeutung gewürdigt zu sein. Die custodia-Haftung des Verkäufers wird von ihm aus dem Gebiete der Garantie-custodia verwiesen und als gewöhnliche custodia behandelt, wodurch er freilich über einige der schwersten gegen seine Theorie sprechenden Bedenken

---

1) BRUCKNER a. a. O. S. 266.

2) DERNBURG, Pand. Bd. II § 37 Anm. 3.

fortkommt. Soweit es sich um unsere Fragmente handelt, wird bei Besprechung derselben auf seine Auffassung zurückzukommen sein.

Wenn irgendwo, so würde gerade bei dem Commodate eine über das gewöhnliche Mass hinausgehende Haftung anzunehmen sein. Der Commodatar hat allein den Vortheil vom Rechtsgeschäfte, auch liegen Spuren vor, dass in älterer Zeit in der That in gewissem Umfange eine unbedingte Haftung angenommen gewesen sein mag. Fasst man nun aber die in den Fragmenten II bis V aufgeführten befreienden Ereignisse näher ins Auge, so verdient es immerhin hervorgehoben zu werden, dass gerade diejenigen Ereignisse sich nicht darunter befinden, bei denen noch am ehesten von einer Unwiderstehlichkeit in abstracto gesprochen werden könnte. Es wird weder chasma und terrae motus, noch violentia ventorum, vis fluminis und aquarum magnitudo erwähnt. In keinem einzigen dieser Fragmente fehlt das incendium, dass sogar, wenn es im Hause des Betheiligten entstanden ist, regelmässig als ein von dem Betroffenen verschuldetes Ereigniss gilt — quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium[1]). Jedenfalls erkannte man an und musste man anerkennen, dass ein solches Feuer auch bei diligentia in custodiendo je nach Lage der Umstände bald abzuwenden, bald nicht abzuwenden war[2]). Dass etwa ausschliesslich eine von aussen

1) l. 3 § 1 D. de off. praef. vigil. 1, 15.

2) l. 12 D. de peric. et comm. 18,6. Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? respondit, quia sine patrisfamilias culpa fieri potest neque, si servorum neglegentia factum esset, continuo dominus in culpa erit, quam ob rem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.

kommende Feuersbrunst gemeint sei, wird nirgend angedeutet. Aber selbst von einem solchen incendium oder dem latrocinium, den insidiae piratarum, incursus hostium, dem naufragium und der rapina lässt sich unmöglich behaupten, dass man ihnen regelmässig nicht Widerstand leisten könne. Es kommt ganz auf die Lage des einzelnen Falles an: ob man geeignete Waffen gegen latrones bei der Hand hat, ob man sich in Begleitung anderer Bewaffneter befindet, ob man Hilfe herbeirufen kann, ob man gegen ein von aussen kommendes Feuer nicht sein Haus, wie es tausendfach geschieht, durch das erforderliche Besprengen mit Wasser schützen kann u. s. w. Das naufragium braucht nicht nothwendig auf einem Orkane zu beruhen. Vor allem aber ist eins festzuhalten: es handelt sich ja bei dem incendium, der ruina, dem naufragium u. s. w. nicht um das Haus oder Schiff, sondern um die Rettung der geliehenen Sache. Warum soll ich das Buch, das ich mir geliehen habe, nicht retten können, wenn das Haus, das ich bewohne, brennt? Unter Umständen kann ich das, unter anderen Umständen nicht. Es hängt das lediglich von der Lage des Einzelfalles ab, und es darf schlechthin bei einem incendium nicht von einer in abstracto vorhandenen oder generellen Unmöglichkeit des Widerstandes gegen das Feuer, soweit die geliehene Sache davon bedroht wird, gesprochen werden. Dies wird auch im Fragmente II ausdrücklich anerkannt. Der Commodatar kommt für das incendium, die ruina oder ein anderes damnum fatale nicht auf, es sei denn, er hätte, während er die geliehenen Sachen retten konnte, die seinigen vorgezogen. In Ansehung dessen, worauf es ankam, nämlich die Rettung der geliehenen Sache, lag also nach der Construction des Falles trotz des incendium die Möglichkeit dieser Rettung

vor. Die mortes servorum sind nach Fragment III nur dann vis maior, wenn sie sine dolo et culpa des Commodatars erfolgen. Dieselbe Voraussetzung der Abwesenheit von dolus und culpa, die hier ausdrücklich gemacht wird, versteht sich auch bei den übrigen Ereignissen. Sclaven, die nützlich sein sollten, konnte man nicht wohl bewachen, es war deshalb schwer, ihre Flucht zu verhindern. Allein deswegen kann doch eine solche Flucht nicht als ein abstract unwiderstehliches Ereigniss erachtet werden. Vielleicht lagen doch Gründe vor, die den Sclaven der Flucht verdächtig machten oder er kehrte zur festgesetzten Zeit nicht zurück, und die rechtzeitige Controle nach seinem Verbleibe wurde verabsäumt u. s. w. Kann es genügt haben, wenn sich der Commodatar für die Unwiderstehlichkeit des Sclaven-Verlustes einfach auf dessen Flucht berief?

Indessen es bedarf der Untersuchung der einzelnen Ereignisse nicht. Nach l. 5 § 3 D. comm. 13,6 hat der Comodatar culpa und diligentia zu prästiren. Er muss sich also nicht blos jedes schädigenden Thuns, sondern auch der Vernachlässigung der geliehenen Sache enthalten, er hat die Diligenz des sorgfältigen Mannes aufzuwenden[1]). Wenn dann der § 4 (oben Fragment II) fortfährt, dass das, was durch Alter oder Krankheit, Räubergewalt u. s. w., also durch ein damnum fatale geschieht, dem Commodatare nicht anzurechnen ist, falls nicht irgend eine Schuld mitunterläuft, so ist damnum fatale damit als das durch Diligenz nicht abwendbare Ereigniss, also als casus, gekennzeichnet. Im Einklange damit wird unmittelbar darauf

---

1) cf. Dernburg, Pand. Bd. II § 37.

die custodia, die er zu prästiren hat, als diligens custodia hingestellt.

Versteht GAIUS unter den casus quibus resisti non potest im Fragment III vis maior, woran sich mit Rücksicht auf die Ausdrucksweise der Fragmente IV (ebenfalls von GAIUS) und V nicht zweifeln lässt, so sollte man glauben, dass hier wenigstens die Gleichstellung von vis maior und casus deutlich ausgesprochen wäre. Der Commodatar soll solche Diligenz prästiren, wie sie der diligentissimus paterfamilias seinen Sachen zuwendet, so dass er nur für die Zufälle nicht einsteht, denen nicht widerstanden werden kann, d. h. der Commodatar haftet für Diligenz und deshalb nur für die Unfälle nicht, denen durch Anwendung der Diligenz nicht Widerstand geleistet werden kann. BRINZ[1]) regt allerdings Zweifel gegen diese Folgerung an: »möglicherweise haben denn auch jene Stellen (darunter unsere lex) den maior casus nicht zum casus überhaupt vergemeinern, sondern nur sagen wollen, dass da, wo diligentia prästirt wird, sicher nur der maior casus befreie, unterhalb seiner immer noch Zweifel übrig, und der Unschuldbeweis prekär sei.« BRUKNER[2]) führt diesen Gedanken weiter fort, ihm dient derselbe auch nicht mehr als Zweifelsgrund; nach ihm ging die Meinung von GAIUS dahin, dass nur die unwiderstehlichen Unfälle nicht zu vertreten seien, weil nur diese Unfälle jenseits des Gebiets lägen, für welches Diligenz in Betracht komme. Während sonst ein Unfall nur durch den Nachweis, alles Mögliche gethan zu haben, als casus erwiesen werde, genüge hier der Beweis, dass der Unfall nicht durch

1) BRINZ a. a. O. Bd. II. S. 272.

2) BRUCKNER a. a. O. S. 264, 265.

Schuld des Betreffenden veranlasst sei, der Nachweis dagegen, dass auch der hinsichtlich des zu bethätigenden Widerstandes geforderte Fleiss in concreto angewendet wäre, sei beim Vorliegen von vis maior irrelevant, da ja von vorn herein feststehe, dass einem solchen Unfall kein genügender Widerstand entgegengesetzt werden könne. Wer vis maior für sich anführen könne, sei eben dadurch auch schon in Ansehung des zu leistenden Fleisses entschuldigt (ex causa), während sonst immer erst der concrete Fall in Betracht gezogen werden müsse, und, selbst wenn objectiv der verlangte Fleiss vorhanden war, trotzdem der schwierige Unschuldbeweis nicht gelingen könne. Wolle man daher sagen, wer bei Prästation von Diligenz sicher freigehe, so könne man dies nur von dem behaupten, der sich auf vis maior zu berufen vermöge. — Ich sehe davon ab, dass die von GAIUS aufgeführten Ereignisse, wie bereits mehrfach bemerkt, nicht solche sind, deren Unwiderstehlichkeit von vorn herein feststände. GAIUS stellt die Pflicht zur Diligenz an die Spitze und leitet daraus das ita ut tantum eos casus non praestet u. s. w. ab. Aus der Beschränkung der Prästationspflicht des Commodatars folgt aber, dass der Commodatar auch für die Unfälle nicht aufkommt, bezüglich derer er nicht in culpa ist, dass er also, wenn man einen Unterschied zwischen casus und vis maior festhalten will, nicht bloss nur die vis maior nicht prästiren würde. GAIUS im Sinne von BRINZ und BRUCKNER würde also geradezu etwas Unrichtiges sagen. Er spricht von dem Umfange der Haftpflicht (praestet), nicht davon, dass der nicht zur Prästation Verpflichtete wegen der Schwierigkeit des Beweises trotz seiner Unschuld doch im Einzelfalle haftbar werden könnte.

Auch Fragment IV und V betonen, dass der Commo-

datar exacta und exactissima diligentia custodiendae rei zu prästiren hat, und dass die Diligenz, die er seinen Sachen zuwendet, nicht genügt, wenn ein anderer noch sorgfältiger hätte custodiren können. Es kam dem Juristen darauf an, die Annahme einer geringeren Prästationspflicht, der diligentia quam suis, zurückzuweisen und die Haftung für die diligentia diligentis patrisfamilias hervorzuheben. Desshalb können auch die maiores casus, für die nicht einzustehen ist, nur unter dem Gesichtspunkte angeführt sein, dass sie durch Diligenz nicht abwendbar waren, also als casus. Wollte man unter den maiores casus eine besondere Art von Ereignissen verstehen, so würde es an einer Folgerung aus der Diligenz fehlen. Auch fehlte jede Veranlassung, gegenüber dem Darlehnsgläubiger das Freiwerden des Commodatars im Falle des maior casus, nicht des casus, zu betonen.

Der Faustpfandgläubiger prästirt dolus und culpa[1]).

1) l. 9 § 5 D. de reb. auct. iud. poss. 42 5; l. 25 D. de pign. act. 13,7; l. 14 und l. 22 § 4 cod.; l. 5 und l. 8 C. de pign. act. 4.24; § 4 J. quib. mod. re contr. obl. 3.14. BRUCKNER a. a. O. S. 197 flg. sucht die letzte Stelle mit seiner Theorie der Garantie-custodia zu vereinigen, jedoch nicht mit zulänglichen Gründen. Wenn es in l. 5 C. de pign. act. heisst: Si creditor sine vitio suo argentum pignori datum perdidit restituere id non cogitur: sed si culpae reus deprehenditur vel non probat manifestis rationibus se perdidisse, quanti debitoris interest condemnari debet — und in l. 8 C. eod.: Si nulla culpa seu segnitia creditori imputari potest, pignorum amissorum dispendium ad periculum eius minime pertinet. sane si simulata amissione etiam nunc eadem pignora, ut adseveras, a parte diversa possidentur, adversus eum experiri potes — so konnte man doch nicht wohl unter der culpa, wofür nach dem Ausspruche der Kaiser die Pfandgläubiger aufzukommen haben, die notorische Haftung des creditor für Garantie-custodia, ohne ein Missverständniss befürchten zu müssen, infolge der von der Theorie aufgestellten Fiction (der Garantie-custodia als culpa nämlich) ganz gut mitverstehen. Culpae reus, culpa aut segnitia meinen culpa, nicht fingirte culpa: dass culpa nicht culpa, sondern fingirte culpa bedeutet, darf

Ueber Diligenz geht seine custodia-Verpflichtung nicht hinaus:

§ 4 J. quib. mod. re contr. obl. 3, 14.

Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur actione pigneraticia. sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet: quam si praestiterit et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere.

Wenn der Faustpfandgläubiger rücksichtlich der custodia der ihm verpfändeten Sache Diligenz nachweist, und die Sache geht dennoch durch einen Zufall verloren, so ist er frei. Haftung für Diligenz also auch bei Detentionsverlusten, Nichthaftung für Zufall. Ob, wie BRUCKNER meint, die Stelle »placuit sufficere« für das Vorhandensein einer auf Verschärfung der Haftpflicht des Pfandgläubigers gerichteten Strömung spricht, wäre nicht erheblich, jedenfalls ist die Strömung nicht zur Herrschaft gelangt, — im Allgemeinen ging die Bewegung mehr dahin, etwaige unbedingte Haftungen zu Gunsten der Prästation nicht über culpa hinaus zu beseitigen.

Wenn es nun von der actio pigneraticia im Fragmente VI heisst: venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato: venit et custodia: vis maior non venit — so ist es nicht gerechtfertigt, hier unter der cu-

nur angenommen werden, wo der Text selbst zu einer solchen Annahme nöthigt. Übrigens handelt es sich in beiden Fragmenten, was gegen BRUCKNER hervorzuheben ist, um Detentionsverluste. Wegen § 4 J. 3,14 siehe oben den Text.

stodia nicht die custodia diligens, sondern eine Garantie-custodia zu verstehen, mag man nun das Hervorheben der custodia neben der culpa daraus erklären, dass die culpa als culpa in faciendo gemeint ist oder dass es dem Juristen darauf ankam, noch besonders die aus der Diligenz fliessende Pflicht zur custodia hervorzuheben. Ist aber die custodia nur diligentia in custodiendo, so ist auch die vis maior, die nicht in actione venit, nichts anderes als casus fortuitus: diligentia und vis maior stossen unmittelbar an einander, ein Mittleres, ein von der vis maior unterschiedener casus ist nicht möglich. Ganz unzweifelhaft wird dies, wenn man die unmittelbar folgende l. 14 D. 13, 7:

ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur

hinzunimmt. Was kann es anders heissen, wenn l. 14 aus l. 13 folgert, dass von dem Gläubiger die diligentia diligentis patrisfamilias gefordert wird, als dass l. 13 die Prästationspflicht für Diligenz und nicht für mehr vorschreibt, dass also vis maior casus ist? Das gilt allgemein, also von Substanzverletzungen nicht minder wie von Detentionsverlusten. Es ist richtig, dass das beide Stellen verbindende »igitur« — l. 13 ist von ULPIAN, l. 14 von PAULUS — offenbar von den Compilatoren eingeschoben ist: dadurch wird es indess nur um so gewisser, dass jedenfalls im Justinianischen Gesetzbuche die l. 13 den entwickelten Sinn hat, während andererseits auch kein Anhalt für die Annahme vorliegt, dass die Compilatoren bei diesem Punkte die vor ihnen liegenden Schriften der klassischen Juristen missverstanden hätten[1]).

1) BRUCKNER sucht die l. 14 mit ihrem igitur mit seiner Theorie in Einklang zu bringen. ULPIAN habe in l. 13 gesagt, dass custodia — nämlich Garantie-custodia — zur Prästation komme, also — l. 14 — sei

Nach Fragment XI muss der Pfandgläubiger, wie er nicht für vis maior aufzukommen braucht, so für dolus und culpa, aber auch für custodia einstehen. Offenbar wird beabsichtigt, den Umfang der Haftung, wie in l. 13 cit., vollständig anzugeben, auch die Ausdrucksweise gleicht genau der Ausdrucksweise der l. 13: dolus, culpa und custodia als vertretbar auf der einen, vis maior als nicht vertretbar auf der anderen Seite. Es wird schon deshalb auch hier vis maior nur im Sinne von Zufall zu nehmen sein. Allerdings wird die custodia durch das »sed et« als etwas hingestellt, das nicht schon in der culpa liegt. Fiele also die Prästation der culpa mit der Prästation der Diligenz nach dem Sprachgebrauche der römischen Juristen nothwendig zusammen, so würde die custodia Verpflichtungen enthalten, die jenseits der Haftung für Diligenz lägen, und das Gebiet der vis maior würde sich entsprechend verengen. Indessen culpa, wie schon hervorgehoben wurde, wird auch als culpa in faciendo im Unterschiede von der Diligenz als culpa in non faciendo genommen.

Auch Fragment VII und VIII sprechen noch von dem Pfandvertrage. Wenn der Gläubiger das Floss seines Schuldners mit dessen Zustimmung zu seiner Sicherheit zurückbehielt — Fragment VII —, der Fluss schwillt aber an und führt das Floss fort, so hat der Gläubiger nur culpa zu prästiren, nicht aber vis maior. Culpa und vis

auch für ihre Voraussetzung, die diligentia des diligens paterfamilias, einzustehen. Eine solche Folgerung aus dem plus der l. 13 auf ein minus der l. 14 wäre an sich nicht unmöglich, indessen schwerlich hätten die Compilatoren diese Folgerung noch besonders hervorgehoben. Auch spricht das »a creditore exiguntur« dafür, dass nur die Diligenz nicht aber noch eine weitergehende unbedingte Prästation verlangt wird.

maior werden einander also unmittelbar entgegengesetzt. Man könnte einwerfen, der Jurist hätte sich an den ihm vorliegenden Fall gehalten, eine vis maior, nämlich die vis fluminis, sei in Rede, nur das Aufkommen für diese vis fluminis werde verneint, wie es mit dem casus stehe, bleibe dahingestellt. Gewiss, dem ALFENUS VARUS war ein bestimmter Fall zur Entscheidung vorgelegt. Das Fragment ist gerade deshalb besonders interessant, weil darin der Begriff der vis maior zur practischen Verwendung im Einzelfalle kommt. Die species facti, die dem ALFENUS VARUS vorlag, war lediglich die: der Gläubiger des ratiarius, als er wegen seiner Forderung zur Zeit der Fälligkeit nicht befriedigt wurde, hielt das Floss zurück, der Fluss wuchs und trug es fort. Die zu entscheidende Frage war, wer dafür aufzukommen habe. Es waren nicht alle relevanten Thatsachen mitgetheilt, ALFENUS VARUS antwortete deshalb bedingt: hat der Gläubiger das Floss wider den Willen des Flössers zurückgehalten, so trug er die Gefahr, consentirte der Schuldner in die Retention, so haftete der Gläubiger nur für culpa, nicht für vis maior. Dass der Fluss so plötzlich wuchs, dass sich nicht rechtzeitig Vorkehrungen treffen liessen, lag nicht in dem Referate. Der Fluss konnte so plötzlich und unvermuthet gewachsen sein und eine solche Gewalt entwickelt haben, dass das Floss trotz aller Sorgfalt nicht zu retten war. Das Wachsen des Flusses konnte auch in einem Maasse erfolgt sein, dass bei gehöriger Sorgfalt die Rettung des Flosses möglich gewesen wäre. ALFENUS entscheidet, dass bei der Retention ohne Zustimmung des ratiarius der Gläubiger die Gefahr trage, bei der Retention unter Zustimmung des Schuldners aber es auf die culpa ankomme. Die vis fluminis wird also nicht als ein Ereigniss behandelt, von

dem es von vorn herein feststände, dass dagegen in irgend einer Beziehung nicht aufzukommen wäre. Hätte der Gläubiger durch Diligenz das Schiff retten können, so ist er verhaftet, anderenfalls liegt vis maior vor, und er ist frei. Das »culpam dumtaxat« allein zeigt schon, dass von einer Haftung über culpa hinaus nicht die Rede ist. Im Fragmente VIII wird die aggressura latronum unter der Annahme ihrer Unvorhersehbarkeit unter die casus fortuiti gerechnet.

Nach Fragment IX sind bei dem iudicium locati et conducti dolus et culpa zu vertreten, der casus, cui resisti non potest, also die vis maior, nicht. Da für custodia eingestanden werden soll, so bezieht sich der Ausspruch der Kaiser (DIOCLETIAN und MAXIMIAN) auf das Aufkommen für eine Sache, die sich bei der locatio conductio rei oder operis in der Hand des conductor, bei der locatio conductio operarum in der des locator befindet[1]). Anscheinend soll auch die Haftung für die Sache vollständig bestimmt werden, so dass dolus und custodia das ganze Gebiet der vertretbaren Unfälle, casus cui resisti non potest alle nicht zu vertretenden Ereignisse umfasst. Man muss auch hier davon ausgehen, dass bei der locatio conductio nach der Regel nur dolus und culpa prästirt werden[2]). L. 3 § 1 D. naut. 4,9 vergleicht in Ansehung der Haftung den locator conductor mit dem nauta. Jener prästirt danach nur culpa, der nauta soll noch für mehr, nämlich in einem gewissen Umfange auch für casus bis zur vis maior, einstehen. Haftet also der locator nur für culpa und nicht bis in den casus hinein, so kann der casus cui

1) cf. BRUCKNER a. a. O. S. 217—219.

2) cf. l. 11 D. loc. 19,2. l. 5 § 2 D. comm. 13,6, l. 23 D. de reg. iur. 50,17.

resisti non potest unseres Fragmentes nur der gewöhnliche casus sein. Es ist jedenfalls höchst bedenklich diesem Resultate gegenüber daraus, dass vom dolus sofort auf custodia übergegangen wird, culpa und diligentia aber nicht erwähnt werden, mit BRUCKNER[1]) die custodia hier im Sinne einer Garantie-custodia, also einer theilweise unbedingten Haftung, zu nehmen, zumal es sich nur um eine uns auszugsweise überlieferte Stelle, deren näherer Zusammenhang unbekannt ist, handelt. Wo sich die Diligenz in Ansehung einer Sache in der custodia erschöpft, kann es auch an sich nicht auffallend sein, wenn neben dem dolus nur custodia genannt wird.

Fragment XII ist mit seiner plena custodia, welche als Pflicht zur Prästation der Diligenz bestimmt wird, ohne Zweifel von grosser Bedeutung für die custodia-Lehre. Für die vis maior bedarf es hier einer Anknüpfung an die custodia nicht. Der Verkäufer hat für diligentia omnis einzustehen. Diese Diligenz ist es, die er nach dem Schlusssatze des Fragmentes exhibiren muss, und sie wird näher dahin bestimmt, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum. Ebensowenig und vielleicht noch weniger wie beim Fragment III ist es hier statthaft, die Stelle dahin aufzufassen, dass nur der, welcher eine vis maior für sich anführen könne, in Rücksicht auf den anzuwendenden Fleiss ganz sicher frei gehe, während bei Inbetrachtnahme des concreten Falles der Beweis der Nichtschuld noch

---

1) cf. BRUCKNER a. a. O. S. 149. Die Schwierigkeit, die daraus für die Unterscheidung zwischen der Garantie-custodia bei der locatio conductio und der Garantie-custodia bei dem receptum entsteht und die BRUCKNER dadurch zu beseitigen sucht, dass die Garantie-custodia des nauta sich nicht bloss auf Detentionsverluste, sondern auch auf Substanzverletzungen erstreckt, wird später erörtert werden.

immer misslingen könne. Das Fragment stellt sich die Untersuchung zur Aufgabe, wie weit die Haftung des Verkäufers geht und wofür er demgemäss nicht aufkommt[1]). Die Aufgabe wäre nicht gelöst, falls nur angegeben würde, wofür er sicher nicht haftet, aber verschwiegen würde, dass er auch für casus unter der selbstverständlichen Voraussetzung, dass er dessen Vorhandensein nachweist, nicht einzustehen braucht. Das »fatale damnum vel vis magna« umfasst alles, bis wohin die Diligenz nicht reicht und ist casus.

Vis maior ist sonach in unseren Fragmenten, wie die herrschende Ansicht mit Recht annimmt, casus, die Beispiele der vis maior, die aufgeführt werden, sind Beispiele unverschuldeter Ereignisse[2]). Damit erledigt sich die Frage nach dem Ursprunge der vis maior, ob von Menschenhand oder durch Naturgewalt, die Frage nach der Intensität des die vis maior bildenden Ereignisses, die Frage überhaupt nach allen den Merkmalen, die bald in dieser, bald in jener Weise als Erfordernisse der vis maior hingestellt werden. Auch die eigene schädigende Handlung des Schuldners ist vis maior, falls sie ihm nicht imputirt werden kann. Sie gehört auch zu den casus, quibus humana infirmitas resistere non potest, die an die culpa grenzen. Die humana infirmitas zeigt sich gerade auch in Schäden, die man trotz aufgewendeter Sorgfalt selbst anrichtet.

Von diesem Standpunkte aus liegt weder ein Interesse noch eine Berechtigung vor, die Beispiele von unverschuldeten Ereignissen, welche unsere Fragmente uns liefern,

---

1) Das »ante admetiendi diem« übergehe ich hier, weil es mit unserer Frage nichts zu thun hat.

2) In l. 7. Pr. D. de edendo 2,13 wird, wie noch erwähnt werden mag, casus maior in den Gegensatz zur negligentia gestellt.

mit jenen Erfordernissen in Vergleichung zu bringen, welche der eine oder der andere Vertreter der objectiven Theorie von der vis maior für diejenigen Ereignisse aufstellt, denen der Charakter der vis maior beiwohnen soll. Will man dennoch dem Versuche näher treten, objective Eigenschaften von Ereignissen als Unterlage für die Construction des Begriffes der vis maior aufzustellen, so mag eine kurze Recapitulation derjenigen Eigenschaften, die solche Ereignisse nach unseren Fragmenten nicht haben, immer am Platze sein.

Dass die aufgeführten Ereignisse, selbst wenn sie da sind, nicht immer unwiderstehlich sind, wurde bereits gezeigt. Es hängt das, insbesondere insoweit es auf die Unwiderstehlichkeit in Rücksicht auf die Gegenstände, deren Rettung in Frage steht, ankommt, ganz von der Lage des Einzelfalles ab. Dasselbe gilt von der Frage, ob man sie vorhersehen und ihnen vorbeugen kann, wenn man von ihrem Kommen weiss. Neben der Intensität des Ereignisses ist es besonders die Herkunft von aussen, die man als Erforderniss der vis maior hinzustellen pflegt. L. 30 § 4 D. loc. 19,2[1]) spricht von einer extraria vis, versteht darunter aber nur ein Feuer, das nicht von einem Hausgenossen des Pächters angezündet worden ist, und zwar lediglich auf Grund der Auslegung eines zwischen dem Pächter und Verpächter abgeschlossenen Vertrages. Vis war das vom Sklaven entzündete Feuer auch. In Bezug auf die cautio damni infecti heisst es in l. 24 § 2 D. de

1) Colonus villam hac lege acceperat, ut incorruptam redderet praeter vim et vetustatem: coloni servus villam incendit non fortuito casu. non videri eam vim exceptam respondit nec id pactum esse, ut, si aliquis domesticus eam incendisset, ne praestaret, sed extrariam vim utrosque excipere voluisse.

damn. inf. 39,2: vitium autem aedium et loci esse Labeo ait, quod accidens extrinsecus infirmiores eas facit, und in § 3 eod. wird gefragt, ob die Kaution id solum damnum contineat, quod iniuria fit, an vero omne damnum, quod extrinsecus contingat? Von einem damnum, quod extrinsecus contingit ist hier also allerdings die Rede. Es handelt sich dabei aber um ganz andere Gegensätze. Der Anspruch auf die Kaution resp. auf Ersatz ist gerade dann begründet, wenn gewisse, von aussen kommende Schäden vorliegen. Aber dieses accidens extrinsecus erhält seine Bedeutung durch den Gegensatz zu dem vitium naturale. Die Fehlerhaftigkeit des Gebäudes darf, damit die Stipulation verfällt, nicht auf einer natürlichen und unabänderlichen Eigenschaft beruhen, sondern muss durch ein äusseres Ereigniss veranlasst sein[1]). Für die Frage der äusseren Herkunft der vis maior in unseren Fällen ist daraus nichts zu entnehmen. Wohl aber ergab sich bereits vom incendium, dass es im Inneren des Hauses entstanden und doch vis maior sein kann. Das naufragium kann ebenfalls seinen Ursprung aus Ursachen im Schiffe herleiten. Dasselbe ist bei der ruina der Fall. Was aber senectus, morbus und mors betrifft, so kann die erstere Fatalität niemals von aussen kommen, Krankheit und Tod brauchen es wenigstens nicht. Auch Krankheit und Tod, die sich aus Fehlern des Organismus entwickeln, sind ebenso vis maior, wie es der innere Verderb von Waaren ist.

---

1) cf. Burckhard in Glücks Pand. Serie der Bücher 39 und 40 Theil 2 Seite 140 ffg.

§ 6.

Vis maior in der Lehre von der locatio conductio operis und der locatio horrei.

In l. 36 D. loc. 19,2 aus Florentinus lib. VII inst. heisst es:

Opus quod aversione locatum est donec adprobetur, conductoris periculum est: quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit: et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus opus adprobetur vel admetiatur. si tamen vi maiore opus prius interciderit quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset.

Die Gefahr des in Bausch und Bogen verdungenen Werkes trägt bis zur Approbation der conductor. Bei einem zur Abnahme nach Fuss oder Maass verdungenen Werke trägt der conductor die Gefahr des einzelnen Theiles bis zu dessen Zumessung. In beiden Fällen geht die Gefahr auf den locator über, wenn er die Approbation oder Zumessung verzögert hat. Ist jedoch das Werk vor der Approbation durch vis maior zu Grunde gegangen, so trägt, wenn nichts anderes ausgemacht ist, der locator die Gefahr. Versteht man die ersten Sätze der Stelle dahin, dass der conductor, welcher bis zur Approbation bezw. Zumessung die Gefahr trägt, damit für den casus einzu-

stehen hat, so scheint allerdings ein Unterschied zwischen casus und vis maior gesetzt zu werden: denn bei dem Untergange des Werkes durch vis maior soll, wie im Fortgange der Stelle gesagt wird, der locator die Gefahr tragen. Der conductor haftet also anscheinend für casus, nicht aber für vis maior. Diesen Gegensatz zwischen casus und vis maior finden denn auch GLÜCK[1]), BOLZE[2]) und DERNBURG[3]). MÜHLENBRUCH[4]) und andere[5]) finden den Gegensatz darin, dass die Gefahr, die der conductor zu tragen hat, in dem periculum culpae bestehe, während vom locator das periculum casus zu prästiren sei. MOMMSEN[6]) bezieht das vom redemptor zu tragende periculum auf die casuelle Unmöglichkeit, die vor Fertigstellung des opus eintritt, das periculum des locator auf die casuelle Unmöglichkeit, welche zwischen der Vollendung des opus und der Approbation desselben sich ergiebt. GOLDSCHMIDT[7]) unterscheidet zwischen der Gefahr des conductor, den Anspruch auf die Gegenleistung des locator, also auf seinen Lohn, zu verlieren, welche im Beginne der Stelle gemeint sei, und der Gefahr des locator, seinen Anspruch auf die Leistung des conductor, namentlich also sein Recht auf die Wiedererrichtung des zusammengestürzten opus einzubüssen, wovon am Schlusse der Stelle die Rede sei.

---

1) GLÜCK, Pand. Bd. XVII § 1055, S. 439.

2) BOLZE, über den Zufall bei der Werkverdingung. Im Arch. f. civ. Pr. Bd. LVII, V S. 98 ffg.

3) DERNBURG, Pand. Bd. II. § 113 und Anm. 18.

4) MÜHLENBRUCH, Pand. Bd. II. § 414, Note 10.

5) Z. B. GÖSCHEN, Vorlesungen Bd. II. Abthlg. 2 § 514; SCHILLING, Inst. Bd. III. § 309 Note z; SEUFFERT, praktisches Pandektenrecht § 333; BUCHHOLZ in der Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. Bd. VIII S. 4 ffg.

6) MOMMSEN, Unmöglichkeit der Leistung. S. 373.

7) GOLDSCHMIDT a. a. O. Bd. XVI S. 362 ffg.

Es ist wohl nicht zweifelhaft, dass, wenn die Stelle einmal von dem periculum conductoris und dann vom periculum locatoris spricht, damit dieselbe Art des periculum gemeint und die Scheidung zwischen periculum culpae und periculum casus unstatthaft ist. Das periculum culpae würde ohnehin an dieser Stelle und in diesem Zusammenhange nicht am Platze sein; dass der conductor für seine culpa einzustehen hat, bedurfte keiner Betonung. Aber auch die Annahme, dass das eine Mal die Gefahr des conductor, den Anspruch auf seine Entschädigung zu verlieren, gemeint sein könne, das andere Mal die Gefahr des locator, um seinen Interessenanspruch gegen den conductor wegen nicht gehöriger Vollendung des opus zu kommen, verträgt sich nicht gut mit den Worten des FLORENTINUS. Die beiden Fälle sind derartig einander gegenüber gestellt, dass es sich beide Mal um denselben Anspruch handeln muss. Der Auffassung MOMMSEN's endlich steht schlechthin entgegen, dass die Stelle von seiner Unterscheidung nicht bloss nichts enthält, sondern in dem »donec adprobetur« im Anfange und dem »prius quam adprobetur« in gleicher Weise keine andere Voraussetzung stellt, als die der nicht erfolgten Approbation.

Kann sonach die Erklärung des Gegensatzes zwischen der Gefahrstragung von Seiten des conductor auf der einen und des locator auf der anderen Seite nicht in dieser Weise gefunden werden, so kommt man auf die Frage zurück, ob nicht mit GLÜCK, BOLZE und DERNBURG die Lösung darin zu finden ist, dass der conductor bis zur Approbation für den Zufall einsteht, nicht aber für die vom Zufall zu unterscheidende vis maior. Dabei stösst man freilich in erster Linie wieder auf das leidige Be-

denken: was ist die vis maior, für die der locator haften würde? Uebereinstimmend lauten die Antworten nicht. GLÜCK sagt: »Geschah der Schaden durch eine Naturbegebenheit, welche durch keine menschliche Vorsicht und Kräfte abzuwenden war (vis maior), so trifft dieser Zufall den Bauherrn allein.« BOLZE stellt seinen Begriff der vis maior zunächst für den Pächter fest: »Was von jenseits hereinbricht, die ausserordentlichen Unglücksfälle besonderer elementarischer Ereignisse und die elementaren Völkerbewegungen, welche unter dem Ausdruck vis maior zusammengefasst werden, sowie die diesem gleichgestellten epidemischen Pflanzenkrankheiten, die Vernichtung unermesslicher Vögel u. s. w. hat der Pächter nicht übernommen.« Nach DERNBURG trägt der locator aus billiger Berücksichtigung der aufgewendeten Arbeit die Gefahr, »wenn das Werk durch höhere Gewalt zerstört wird, welche durch technische Vorkehrungen nicht auszuschliessen war, z. B. durch ein Erdbeben.«

Die Frage, inwieweit die Gefahr der zufälligen Vernichtung oder Beschädigung eines opus conductum von dem locator oder conductor zu tragen ist, ist höchst bestritten und interessirt hier nur insofern, als sie den Begriff der vis maior betrifft.

Der Unternehmer eines opus, der ohne seine Schuld verhindert wird, sich an die Ausführung zu machen, hat keinen Anspruch auf die Gegenleistung des locator, also auf Lohn [1]). Der Unternehmer hatte nichts von dem geleistet, wofür ihm ein Lohn versprochen war. Anders ist es, wenn das ausgeführte Werk ohne seine Schuld vor der Abnahme zu Grunde geht.

---

1) cf. l. 10 Pr. D. de leg. Rhod. 14,2; l. 15 § 6 D. loc. 19,2.

L. 62 D. loc. 19, 2 sagt:

> Si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. PAULUS: immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum.

Der rivus faciendus war fertig (»feceras«), stürzte aber vor der Abnahme ein. Die Gefahr trifft, falls dies an der fehlerhaften Beschaffenheit des Erdreiches lag, den locator, wenn es an einem Fehler des opus lag, den conductor. Im ersten Falle hat der locator den Lohn zu zahlen, im zweiten Falle nicht. Weder auf Seiten des locator noch des conductor ist von einer culpa die Rede. Die Fehlerhaftigkeit des Grund und Bodens setzt keineswegs nothwendig ein Verschulden des locator voraus, und ebenso kann das Werk Fehler haben, ohne dass den conductor dabei ein Verschulden trifft [1]). Dass das Werk fertig war, liegt zwar in den thatsächlichen Voraussetzungen des Falles, gehört aber nicht zu den für die Entscheidung relevanten Bedingungen. L. 59 D. eod. sagt:

> Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat: deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus, si vi naturali, veluti terrae motu hoc acciderit, Flacci esse periculum.

MARCIUS hatte es übernommen, für FLACCUS ein Haus zu bauen. Nachdem ein Theil desselben fertig war, wurde der Bau durch terrae motus erschüttert und stürzte wohl auch in Folge dessen zusammen. FLACCUS trägt die Gefahr und hat den Lohn für das, was fertig war, zu zahlen. Der terrae motus gehört auch hier zu den thatsächlichen Voraussetzungen des Falles. Daran knüpft der Jurist an

1) cf. BOLZE a. a. O. S. 91.

und entscheidet, dass, wenn der Unfall durch vis naturalis z. B. terrae motus veranlasst war, der locator die Gefahr trage; dass andere Ursachen des Einsturzes nicht zu einer gleichen Entscheidung führen würden, ist nicht gesagt. Es genügt, dass die vis naturalis, die hier in Frage kommt, kein vitium operis war, für das der conductor einzustehen hat. Die vis naturalis ist deshalb auch keine höhere Gewalt in irgend einem technischen Sinne. Eine Unterscheidung zwischen vis maior und einfachem casus wird durch die Stelle nicht indicirt. Dabei mag es dahin gestellt bleiben, ob unter dem terrae motus ein eigentliches Erdbeben zu verstehen ist oder mit GLÜCK [1]) ein Nachgeben und Einsinken des zu lockeren oder sumpfigen Bodens in Folge des darauf errichteten Gebäudes [2]). Damit stimmt l. 37 D. eod.:

> Si priusquam locatoris opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet

überein. Die vis aliqua ist keine höhere Gewalt und gutgeheissen musste das Werk werden, wenn es selbst sine vitio war.

Von hier aus halte ich es für richtig, die l. 36 cit. mit WINDSCHEID [3]) dahin aufzufassen, dass der conductor, mag das noch nicht abgenommene Werk ganz oder nur theilweise fertig gestellt sein, das Geleistete bezahlt erhält, aber beweisen muss, dass dasselbe durch einen Einfluss, für den er nicht aufzukommen hat, und nicht durch seine Schuld zu Grunde gegangen ist. Weil er diesen Beweis

1) GLÜCK, Pand. Bd. XVII. S. 437.

2) DERNBURG a. a. O. Anmerkg. 18 sieht in der vis naturalis, von der Sabinus spricht, die höhere Gewalt.

3) WINDSCHEID in der Heidelberg. Krit. Zeitschr. f. Rechtswissensch. Bd. II. S. 139, 140.

zu führen und überdies keinen Lohn zu fordern hat, wenn das Werk in Folge eines auch unverschuldeten vitium operis einstürzte, steht dasselbe im Allgemeinen auf Gefahr des conductor. Geht aber das Werk nachweislich durch einen Zufall zu Grunde, für den er nicht zu haften braucht, so trägt der locator die Gefahr. Der conductor hat für die Zufälle aufzukommen, die ein vitium des opus hervorbringen, für andere Zufälle nicht. Diese anderen Zufälle, vis maior, verlieren dadurch nicht den Character des einfachen Zufalles. Wenn übrigens FLORENTINUS in l. 36 cit. den Zusammensturz des opus in Folge einer vis maior zu Lasten des conductor geschehen lässt, so wäre es immerhin möglich, dass er dabei den speciellen Fall des terrae motus im Auge gehabt hätte. Durch eine solche Anwendung einer generellen Bezeichnung für ein einzelnes Ereigniss würde weder in der Bedeutung des allgemeinen Ausdrucks etwas geändert werden, noch die Gültigkeit des für das einzelne Ereigniss ausgesprochenen Satzes auf dies Ereigniss beschränkt werden. Dass eine solche Beschränkung nicht statthaben soll, folgt aus der Begründung, welche FLORENTINUS am Schlusse der Stelle seiner Entscheidung hinzufügt. Der vor der Approbation vi maiore erfolgte Zusammensturz des opus ist desshalb vom locator zu tragen, weil demselben nicht mehr zu prästiren ist, als was er durch eigene cura und opera erreicht haben würde. Der conductor trägt die Gefahr der Unfälle nicht, welche auch der locator nicht hätte vermeiden können. Auf vitia operis bezieht sich dies nicht. Von ihnen kann man nicht behaupten, dass sie der locator nicht vermieden hätte; er hätte sich vielleicht anderer Gehilfen bedient, durch deren Verschulden ohne Schuld des conductor das vitium entstanden ist. Anders ist es mit dem Erdbeben, aber auch mit Ereignissen von viel geringerer Intensität, mit dem Erd-

rutsche, dem Winde, unter Umständen der boshaften Beschädigung von dritter Hand und anderen. Weil es darauf ankommt, ob der locator sua cura oder opera die Gefahr vermieden hätte, so folgt daraus gleichzeitig, von welcher Beschaffenheit die hier in Rede stehende vis maior ist. Die cura und opera, von der es abhängt, ob der locator den Unfall vermeiden konnte, ist nicht eine aussergewöhnliche, über das Durchschnittsmass gehende Sorge und Arbeit, sondern die cura und opera, die dem vir diligens obliegt. Ist das aber der Massstab, nach welchem der locator zu behandeln ist, so ist es auch der Massstab, der für die Frage entscheidend ist, ob dem conductor gegenüber vis maior vorliegt. Die vis maior, von der FLORENTINUS spricht, setzt weder eine gesteigerte Diligenz und Obhut noch eine besondere Art von Ereignissen voraus: sie ist casus.

Wenn DERNBURG eine höhere Gewalt, die durch technische Vorkehrungen nicht auszuschliessen war, verlangt, so komme ich freilich weiter unten — § 8 — noch auf diese technischen Vorkehrungen und deren Bedeutung für den Begriff der höheren Gewalt zurück. Nur die Frage glaube ich hier, wo es sich um den Einsturz eines Hauses handelt, aufwerfen zu müssen, von welcher Art diese technischen Vorkehrungen sein sollen. Nicht, als ob es nicht technische Vorkehrungen gegen die Gefahr von Hauseinsturz gäbe. Im Gegentheil, es giebt deren gewiss sehr viele. Aber wenn der Baumeister nicht gehörig fundamentirt, nicht, wo es irgend nöthig ist, absteift oder verankert, überhaupt nicht alle die Massnahmen trifft, die gegen irgendwie im Bereiche der möglichen Berechnung liegende Gefahren des Einsturzes schützen, wie sollte er da nicht gegen die Pflichten eines diligenten Baumeisters verstossen haben? Das Unterlassen dieser Massnahmen

ist culpa, nicht casus. Das gilt in Gegenden, wo man auf Erdbeben rechnen muss, auch von diesen. Wer dort nicht durch die Wahl des Bauplatzes, die Richtung der Mauern, die Art und Höhe des Baues wenigstens alles gethan hat, was die drohende Gefahr zu mindern geeignet ist, ist ebenfalls in culpa.

Vom locator horrei sagt l. 1 C. de loc. 4, 65:

> Dominus horreorum periculum vis maioris vel effracturam latronum conductori praestare non cogitur. his cessantibus si quid extrinsecus ex depositis rebus inlaesis horreis perierit, damnum depositarum rerum sarciri debet.

Dieselbe Stelle mit geringfügigen Modifikationen unter Hinzufügung eines responsum des PAULUS befindet sich in der coll. mos. et rom. leg. X, 9:

> Dominus horreorum periculum vis maioris vel effracturae latronum praestare non cogitur. his cessantibus, si quid ex [de]positis rebus inlaesis extrinsecus horreis periit, damnum depositorum sarciri debet. — PAULUS respondit satis propositam constitutionem declarare, his qui horrea locant, maiorem vim imputari non posse.

Es folgen zweckmässig die l. 55 Pr. D. loc. 19, 2:

> Dominus horreorum effractis et compilatis horreis non tenetur, nisi custodiam eorum recepit: servi tamen eius cum quo contractum est propter aedificiorum notitiam in quaestionem peti possunt,

sowie die l. 4 C. de loc. 4, 65:

> Et divi Pii et Antonini litteris certa forma est, ut domini horreorum effractorum eiusmodi querellas deferentibus custodes exhibere necesse habeant nec ultra periculo subiecti sint. Quod vos quoque adito praeside provinciae impetrabitis. qui si maiorem animadversionem

exigere rem deprehenderit, ad Domitium Ulpianum praefectum praetorio et parentem meum reos remittere curabit. Sed qui domini horreorum nominatim etiam custodiam repromiserunt, fidem exhibere debent.

Der dominus horreorum, der in diesen Stellen gleichzeitig der Speichervermiether, horrearius, ist, haftet nach den beiden ersten Stellen nicht für vis maior, als Beispiel welcher die effractura latronum, Diebstahl oder Raub mittelst Einbruches, angegeben wird, wohl aber haftet er für den Diebstahl, welcher bei Unversehrtheit des Speichers von aussen erfolgt. Nach den beiden letzten Stellen ist die Haftung für effractura horreorum regelmässig ausgeschlossen, tritt aber dann ein, wenn der horrearius die custodia ausdrücklich übernommen hat.

Obwohl die horrea in den Quellen mehrfach erwähnt werden, so sind doch die Nachrichten über das Rechtsverhältniss zwischen dem horrearius und seinen Kunden ziemlich dürftig. Indessen lässt sich aus dem offenbaren Zwecke und der Beschaffenheit der horrea in einem gewissen Masse auf dies Rechtsverhältniss mit Sicherheit schliessen. Die Römer waren gewohnt, ihre werthvolle Habe in den horreis, Speichern oder Magazinen, niederzulegen[1]). Die Anlage solcher Magazine war ein lucratives Geschäft, das namentlich auch von reichen Kapitalisten betrieben wurde. Desselben horreum bedienten sich daher jedenfalls regelmässig zahlreiche Kunden, und die horrea waren grosse Gebäude, die auch einzelne abgeschlossene Räume oder Kammern, cellae[2]), enthielten. Ob die Geschäftskunden sich eine solche cella oder einen Raum im horreum mietheten und dorthin ihre Besitzthümer

1) l. 3 § 2 D. de off. praef. vig. 1,15: ubi homines pretiosissimam partem fortunarum suarum deponunt.

2) l. 3 § 2 D. de off. praef. vig. 1,15.

brachten oder ob diese Besitzthümer dem horrearius zur Aufbewahrung übergeben und dann von ihm in den cellae oder sonst im horreum untergebracht wurden, mag zweifelhaft sein. Dass die Quellen stets von einer locatio horrei, also von einer locatio rei, sprechen, deutet auf ein Verhältniss der erstgedachten Art[1]). Auf der anderen Seite konnte sich freilich die Verpflichtung des locator nicht in dem Vermiethen eines Platzes oder Raumes erschöpfen, der Natur des Verhältnisses gemäss musste vielmehr eine weitgehende custodia-Pflicht für ihn entstehen. Der Zweck der Benutzung der horrea bestand ja eben darin, dass man seinem werthvollen Besitze eine möglichst grosse Sicherung gewähren und denselben insbesondere gegen diejenigen Gefahren schützen wollte, gegen welche die eigene Wohnung keinen hinreichenden Schutz bot. Dabei kommen nach der Natur der Sache in der Hauptsache nur der heimliche und der gewaltsame Diebstahl in Betracht. Gegen die Gefahren, so weit sie hier überhaupt in Frage kommen können, die ausser der effractura zur vis maior gezählt zu werden pflegen, terrae motus, chasma, ruina und selbst zum Theil incendium, gewährt der fremde, wenn auch noch so geschützte Speicher im Allgemeinen keinen grösseren Schutz als das eigene Haus. Wohl aber lässt sich in einem eigens zur Aufbewahrung fremder Sachen bestimmten Magazine gegen Diebstahl und Einbruch durch geeignete Bewachung mehr thun, als der Einzelne bei sich ohne allzu unverhältnissmässige Aufwendungen zu leisten ver-

1) cf. l. 21 § 1 D. qui pot. in pign. 20,4 u. l. 60 § 6 D. loc. 19,2. Das reponere in l. 3 § 2 D. de off. praef. vig. 1,15 und in l. 84 D. de leg. III° ist anscheinend ebenso wie das deponere in l. 9 C. de act. pign. 4,24 und in l. 1 C. de loc. 4,65 nicht im technischen Sinne des Aufbewahrungsvertrages, sondern in dem thatsächlichen Sinne des Hinstellens und Niederlegens zu verstehen. Ebenso deutet das inferre in l. 60 § 6 D. 19,2 auf ein blosses Hineinbringen der Sachen von Seiten des conductor.

mag. Wer in besonderen Magazinen gegen Entgelt und gewerbsmässig den werthvollen Besitz vieler Kunden aufnimmt, wird von vornherein die Magazine und die darin befindlichen Räume so gestalten, wie es zur möglichsten Sicherheit erforderlich ist, er kann und wird insbesondere bei Tage und bei Nacht eigens angestellte Wächter unterhalten. Solche Schutzmassregeln bringt der Zweck des Rechtsverhältnisses mit sich, sie liegen im Wesen der Obligation, und es bedarf dazu nicht erst der ausdrücklichen Uebernahme einer besonderen custodia. Von den custodes ist daher auch da die Rede, wo ein ausdrückliches custodia-Versprechen nicht vorliegt[1]).

Weil die Sicherung gegen Diebstahl, heimlichen wie gewaltsamen, zu den wesentlichen Zwecken der Niederlegung von Sachen in den horreis gehört, so erklärt es sich, dass die Quellen, wo sie es überhaupt mit der Haftung des horrearius für Unfälle an den niedergelegten Sachen zu thun haben, vorwiegend nur von dem Diebstahle und der effractura sprechen. Auch ist es nur natürlich, dass der horrearius selbst ohne custodia-Versprechen für den Diebstahl ohne Einbruch »si quid ex depositis rebus inlaesis extrinsecus horreis periit« zu haften hatte, und zwar anscheinend unbedingt. Deshalb bedarf es noch nicht der Annahme des allgemeinen Rechtsbegriffes einer technischen custodia. Eher könnte es auffällig sein, dass der Inhaber eines solchen Aufbewahrungs- und Schutzinstitutes ohne ausdrückliches custodia-Versprechen nicht auch für effractura aufzukommen hatte. Man sollte meinen, dass auch dagegen der Schutz durch besondere Wächter, die den Speicher von draussen bewachen, nicht allzu schwer gewesen wäre, und dass der Zweck der Niederlegung auch

1) l. 3 § 2 D. de praef. off. vig. 1,15; l. 4 C. de loc. 4,65 (cf. oben Seite 69).

den Anspruch auf diesen Schutz von selbst mit sich gebracht hätte. Indess es unterliegt nach den angezogenen Quellenstellen keinem Zweifel, dass der horrearius für die effractura nur im Falle eines besonderen Versprechens einzustehen hatte. Freilich gab es offenbar eine entgegengesetzte Strömung, sonst würde nicht gerade der Satz, dass ohne custodia-Versprechen für effractura nicht gehaftet werde, mehrfach besonders betont sein.

Es erhellt nicht, dass die besondere Zusage der custodia mehr als ein Einstehen für die effractura zur Folge gehabt hätte. Dass sich durch Vertrag noch weiter gehende Verpflichtungen übernehmen liessen, versteht sich von selbst. Hier kommt es nur auf die Frage an, was die oben angezogenen Stellen unter vis maior verstehen. Der horrearius haftet für Diebstahl vermöge der Natur der von ihm eingegangenen Verpflichtung, mag man darin eine Garantie gegen Diebstahl gefunden oder angenommen haben, dass in Folge der Einrichtung der Speicher und der pflichtgemässen Bewachung derselben ohne seine Schuld ein Diebstahl nicht möglich gewesen sei. Eine eigenartige, über die Diligenz hinausgehende Obhut wird von ihm nicht verlangt. Bringt das Wesen eines Rechtsverhältnisses ausgedehntere Bewachungsmassregeln mit sich, als sie in anderen Verhältnissen gefordert werden, so liegt darin eine Aenderung des Diligenzmassstabes nicht. Der diligens paterfamilias hat die Sorge aufzuwenden, welche der Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses entspricht, woraus folgt, dass er kraft derselben Diligenz in dem einen Falle grössere, in dem anderen geringere Schutzmassregeln zu treffen hat. Eine über Diligenz hinausgehende Haftung des horrearius für Beschädigung anzunehmen, bieten die Quellen keinen Anhalt, l. 41 D. loc. 19,2 spricht gegen eine solche Annahme. Der horrearius haftet für Diebstahl, darüber hinaus

aber nicht für Zufall. Die effractura als Beispiel der vis maior ist nichts als ein Beispiel für Zufall. Hätte der Jurist vis maior im Sinne eines mit besonderer Intensität auftretenden, eminent unwiderstehlichen Ereignisses gefasst, so wäre die effractura hinsichtlich des horreum jedenfalls kein geeignetes Beispiel gewesen.

Man bringt den Umfang der Haftung des horrearius bisweilen mit dem Haftungsmasse des nauta, caupo und stabularius in Verbindung. Die Zulässigkeit, von den Verpflichtungen, die der Schuldner in einem Rechtsverhältnisse zu prästiren hat, auf die Verpflichtungen zu schliessen, die etwa das Recht dem aus einem anderen Rechtsverhältnisse Obligirten auferlegen könnte, verkenne ich nicht. Ich meine sogar, dass diese Methode, vorausgesetzt, dass man sich dabei die in Vergleichung kommenden Rechtsverhältnisse auch nach den Zwecken, denen sie dienen, gegenwärtig hält, bisweilen zu einer richtigeren Ansicht führen wird, als sie durch Auslegung einer zweifelhaften Quellenstelle ermöglicht wird. Deshalb will ich hier, um später die geeigneten Schlüsse für den Haftungsumfang des nauta, caupo und stabularius daran zu knüpfen, bezüglich des horrearius noch einmal folgende Momente hervorheben. Das horreum hat den Zweck und nur den Zweck, zur Aufbewahrung und zum Schutze fremder Sachen zu dienen. Der horrearius betreibt diesen Schutz gewerbsmässig, erhält dafür Lohn und unterhält pflichtmässig besondere custodes. Die Personen, die sich des horreum bedienen, halten sich in demselben nicht auf und sind ausser Stande, für den Schutz ihrer Güter selbst in Thätigkeit zu treten, sind vielmehr lediglich auf die Sorgsamkeit des horrearius angewiesen. Gleichwohl haftet der horrearius ohne besonderes custodia-Versprechen nicht einmal für effractura horreorum, auch über Diligenz hinaus nicht für Beschädigungen.

§ 7.

Die vis maior in der Lehre vom receptum nautarum, cauponum, stabulariorum.

Nach § 4 hatten die römischen Juristen mit vis maior, zunächst ganz im Einklange mit dem gemeinen Wortsinne, eine stärkere Kraft im Verhältnisse zu einer schwächeren, dann in einem engeren Sinne Naturereignisse von einer besonderen Kraft und Wucht bezeichnet. Auch bei der Anwendung des Ausdruckes in dieser engeren Bedeutung blieb man dem unmittelbaren Wortsinne treu. Die gewaltsamen wuchtigen Naturkräfte waren vis maior im Verhältnisse zur menschlichen Schwäche. Um einen specifischen Rechtsbegriff handelte es sich dabei weder in dem einen noch in dem anderen Falle. Etwas anders lag es mit der Bedeutung von vis maior in den Anwendungsfällen der §§ 5 und 6. Hier war vis maior ein Rechtsbegriff, nämlich ein Ausdruck für Ereignisse, denen man durch Diligenz nicht gewachsen war, für unverschuldete Unfälle, casus. Indessen auch diese Bedeutung stand nicht in Widerspruch zu dem gemeinen Wortsinne, vis maior war die stärkere Gewalt im Verhältnisse zur Diligenz des bonus paterfamilias. Insofern ist vis maior kein juristischer Kunstausdruck, wenn anders man darunter eine Bezeichnung von festem und vom gewöhnlichen Sprachgebrauche abweichendem Sinne versteht.

Ich kehre nunmehr zu dem § 1 der l. 3 D. naut. 4,9 zurück. Derselbe, oben[1]) nur theilweise gebracht, lautet vollständig:

---

1) cf. § 1.

Ait praetor: »nisi restituent, in eos iudicium dabo«. ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit: si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto: sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur: sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse. miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles: nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit.

Im Anschlusse hieran sagt § 2:

Eodem modo tenentur caupones et stabularii, quo exercentes negotium suum recipiunt: ceterum si extra negotium receperunt, non tenebuntur[1]).

Die l. 3 ist aus dem 14. Buche des Edicts-Commentars Ulpians. Aus demselben Commentare desselben Juristen waren auch die l. 52 § 3 D. pro soc. 17,2, die

1) Ob uns die Sätze Ulpians von den Compilatoren rein überliefert sind, mag immerhin zweifelhaft sein. § 2 behandelt die Haftpflicht der caupones und stabularii wie ein neues Thema, während doch — auch zugegeben, dass § 1 vornehmlich vom Schiffer spricht — die Schlussworte desselben schon die vis maior in stabulo vel in caupona zum Gegenstande haben. Dafür, dass die Compilatoren bei der Zusammenstellung der Bestimmungen über das receptum nicht gerade mustergültig verfahren sind, spricht die Hereinziehung der von den Strafklagen handelnden l. 6 und l. 7 in den Titel vom receptum.

l. 5 §§ 4—6 D. comm. 13,6 und die l. 13 § 1 D. de pign. act. 13,7[1]), in denen ULPIAN vis maior im Sinne von casus genommen, ja — in l. 52 § 3 D. pro soc. 17,2 — sogar durch damna quae imprudentibus accidunt, also im Sinne von casus, erklärt hatte. Ist es wahrscheinlich, dass ULPIAN in l. 3 dem Ausdrucke eine ganz andere Bedeutung beigelegt haben sollte, zumal bei einer Erörterung, für die alles gerade auf diese Bedeutung ankam und ohne jede Andeutung eines besonderen Sprachgebrauches? Auf der anderen Seite aber scheint nichts gewisser, als dass vis maior in l. 3 nicht casus schlechthin sein kann. Denn der Recipient soll für den Untergang und die Beschädigung der recipirten Sachen haften, etiamsi sine culpa ejus res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit, also, vorausgesetzt, dass damnum fatale oder vis maior casus ist, für casus, es sei denn, es läge casus vor. Ueberdies wird der Unterschied zwischen den anderen in l. 3 § 1 genannten Contracten und dem receptum gerade darin gesetzt, dass dort nur für culpa hier auch sine culpa, mithin für casus, gehaftet wird, der also nicht gleichzeitig den Recipienten befreien kann. Wiederum jedoch, wenn vis maior nicht casus ist, was ist es dann? Es fragt sich zunächst, ob l. 3 § 1 selbst die Möglichkeit der Lösung bietet. Unzweifelhaft sagt ULPIAN, dass der Recipient bei Untergang[2]) oder Beschädigung recipirter Sachen nicht bloss für culpa, sondern auch schuldlos haftet, dass diese Haftung sogar die regelmässige ist und dass nur der Ausnahmefall der vis maior befreit. Zwischen der

1) cf. diese Stellen § 5 im Eingange.

2) PERIRE kann hier nicht im Sinne von Diebstahl verstanden werden, sondern umfasst ausser dem Diebstahle und anderen Detentionsverlusten auch die Substanzvernichtung, da dies perire auch von Naturereignissen ausgehen kann.

culpa, für die auch andere Schuldner einstehen müssen, und der vis maior, die auch den Recipienten frei macht, liegt eine breite Fülle unverschuldeter Verlustfälle, für die der Recipient im Unterschiede zu anderen Schuldnern aufzukommen hat. Was das für Verlustfälle sind, sagt die Stelle nicht. Eine Reihe von Erklärungsversuchen älterer Zeit bedarf jetzt keiner Erörterung mehr[1]). Ebensowenig wird die vis maior näher erklärt. Zwar werden zwei Beispiele von vis maior gegeben: naufragium und vis piratarum, aber auch diese Beispiele werden, wie sich oben im § 5 ergab, von ULPIAN und anderen Juristen mannigfach als Beispiele lediglich unverschuldeter Unfälle, also von casus, gebraucht und führen daher nicht über den Begriff des casus hinaus. Auch leitet ULPIAN seinen Begriff des damnum fatale in der Stelle nicht aus den Beispielen ab, vielmehr steht ihm das damnum fatale als ein umfassenderer Begriff vorher fest: weil damnum fatale befreit, so hat LABEO beim naufragium und bei der vis piratarum eine exceptio für billig gehalten. Dass bei dem ganzen Register sonstiger unverschuldeter Unfälle nicht das Gleiche der Fall sein würde, erhellt nicht. Wenn sonach die Stelle selbst keinen Aufschluss giebt, so wird es darauf ankommen, ob die sonst in den Quellen enthaltenen Vorschriften über die Haftungspflicht des Recipienten weiter führen.

---

1) Gewöhnlich nahm man an, dass es Verlustfälle wären, bei denen der Recipient zwar nicht in culpa levi, wohl aber in culpa levissima war, oder der Recipient sollte für unverschuldeten Verlust haften, insofern ihm der Beweis seiner Nichtschuld oblag, den er überdies häufig trotz vorhandener Unschuld nicht würde führen können. WEHRN (doctrina iuris explicatr. principior et causarum damni praestandi § 18, pag. 153) verstand sogar die culpa, ohne welche der Verlust entstanden war, von einer culpa levis in concreto des Recipienten.

Das Edict ist uns in l. 1 unseres Titels erhalten:

Ait praetor: »Nautae caupones stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo.«

Dasselbe geht[1]) von der Voraussetzung eines ausdrücklichen Versprechens der nautae, caupones und stabularii, die aufgenommenen Sachen unversehrt zu erhalten, aus und schreibt anscheinend eine unbedingte Pflicht zur Restitution derselben vor. Von dem besonderen Versprechen wurde später abgesehen, und die Restitutionspflicht an die Thatsache der Aufnahme geknüpft. Trotz der Worte des Edictes wird man indess schwerlich annehmen dürfen, dass es ursprünglich von der Verpflichtung zur Restitution, zumal im unversehrten Zustande, keine Ausnahmen gegeben hätte. Wörtlich genommen liesse das Edict eine Ausnahme nicht einmal bei dem inneren Verderb und dem vom Reisenden selbst verschuldeten Verluste zu. Auch konnte das Edict von dem Versprechen des salvum fore nur ausgehen, wenn ein solches Versprechen üblich war. Das im Verkehr Übliche wiederum aber konnte sich nicht auf Grund der Interessen oder des Willens der Reisenden allein entwickeln. Diese waren nicht minder auf die Schiffer und Wirthe, als Schiffer und Wirthe auf sie angewiesen. Ist es glaublich, dass Schiffer und Wirthe die Verpflichtung zur ausnahmslosen Restitution selbst für den Fall eines durch inneren Verderb, Schuld des Reisenden oder auch durch Erdbeben oder eines jener Ereignisse, die man speziell vis maior zu nennen beliebt, herbeigeführten Verlustes auf sich genommen haben sollten, zumal ohne für die Uebernahme eines solchen Risikos eine Entschädigung zu erhalten? Dabei hätten jene Gewerb-

1) cf. überall GOLDSCHMIDT a. a. O. Bd. III.

treibenden schlechterdings nicht bestehen können. Gewisse Ausnahmen liegen so sehr in der Natur des fraglichen Verhältnisses, dass sie immer gegolten haben müssen. Nur wenn Schiffer und Wirth gleichzeitig Versicherer der recipirten Sachen gewesen wären, liesse sich an die Möglichkeit der Uebernahme jedes Risikos glauben. Aber Versicherungen, insbesondere so weit gehender Art, können nur gegen angemessene Entschädigung übernommen werden, Schiffer und Wirth erhielten aber eine solche Entschädigung nicht[1]). Hätte zu irgend einer Zeit der Versicherungsgedanke existirt und praktische Gestaltung gewonnen, so wäre ferner nicht abzusehen, wesshalb denn gerade für die Ereignisse, die man spezifisch vis maior zu nennen pflegt, Erdbeben, Feuer, Schiffbruch u. s. w, und gegen welche gerade ganz eigentlich Versicherungen am Platze sind, Ausnahmen von der Haftungspflicht zugestanden oder gar erst nachträglich aufgekommen sein sollten, und noch dazu aus dem Grunde der Billigkeit — non esse iniquum exceptionem ei dari. Der Gedanke der Versicherung, von dem sich ohnehin in den Quellen kaum irgendwelche Spuren finden, ist bei der Erklärung der Verpflichtungen des Recipienten völlig abzuweisen. Auch aus l. 3 § 1 lässt sich nicht herleiten, dass zuerst LABEO dem Prätor gerathen habe, gegen den auf das Edict gestützten unbedingten Anspruch auf Restitution in den beiden Fällen des naufragium und der vis piratarum eine exceptio zuzulassen, so dass also bis dahin auch in diesen Fällen der Recipient haftbar gewesen wäre. ULPIAN sagt das nicht, er stellt die Nichthaftung für damnum fatale nicht als eine spätere Abschwächung des ursprünglichen Sinnes des Edictes hin: hoc edicto haftet nicht bloss der Recipient omnimodo, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum

1 cf. l. 5 Pr. h. t.

datum est, sondern greift auch die Ausnahme »nisi si quid damno fatali contingit« Platz. Daraus, dass dies hoc edicto so ist, leitet ULPIAN her, dass LABEO mit Recht den beiden von ihm angeführten Unfällen gegenüber die Nichthaftung billig gefunden habe.

Mag indessen das Edict ursprünglich eine unbedingte Restitution vorgeschrieben haben oder nicht, jedenfalls ist das römische Recht nicht bei einer unbedingten Restitution stehen geblieben, Exceptionen wurden zugelassen, freilich nicht in demselben Umfange wie in anderen Schuldverhältnissen. Die Haftung des Recipienten blieb eine ausgedehntere. Dies geht auch aus dem Satze hervor, durch welchen ULPIAN im Anschlusse an den Wortlaut des Edictes den Nutzen desselben hervorhebt:

L. 1 § 1 h. t.:

> Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere. ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum: nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant, et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos quos recipiunt coeundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus.

PERNICE[1]) meint, dass ULPIAN hier nur den von POMPONIUS nach l. 3 § 1 hingeworfenen Gedanken: nisi forte . . . . . ideo (proposuit edictum praetor), ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum, zu einer historischen Notiz aufblähe und überdies in dem quia necesse est plerumque eorum fidem sequi noch einen zweiten unhistorischen Grund beifüge. Mag indessen ULPIAN bei seiner Ausführung der historischen Entwicklung gerecht werden oder nicht: maxima utilitas

1) PERNICE a. a. O. Bd. II, S. 348 Anmerkg. 9.

est huius edicti, ULPIAN spricht von dem Nutzen, den das Edict noch zu seiner Zeit hatte. Was er sagt, beruht auf den von ihm beobachteten Wirkungen des Edictes auf den Verkehr und diese hängen wieder vom Inhalt desselben und der Auslegung, die es fand, ab. Deshalb bleibt es gerechtfertigt, bei der Bestimmung des Umfanges der Haftungspflicht des Recipienten an die Bemerkungen ULPIANS anzuknüpfen. Geht man hiervon aus, so war zunächst die Haftungspflicht des nauta, caupo und stabularius eine der Art erhöhte, dass darin bei oberflächlicher Betrachtung selbst eine mehr als zulässige Härte hätte gefunden werden können. Aber die Reisenden mussten sich mit den Wirthen und Schiffern begnügen, wie sie dieselben fanden, sie kannten weder die Leute des Recipienten, noch wussten sie, wer sich sonst etwa im Schiffe oder Wirthshause aufhielt, es fehlte ihnen namentlich jede Möglichkeit, auf die Wahl der im Schiffe oder Wirthshause verkehrenden Personen und die dort getroffenen Einrichtungen einzuwirken; in allen diesen Beziehungen waren sie durchaus auf die Zuverlässigkeit des Recipienten, in dessen Obhut sie sich mit ihren Sachen begaben, angewiesen. Ihre erhöhte Schutzbedürftigkeit musste durch eine stärkere Haftpflicht des Recipienten ausgeglichen werden. Nicht aber allen schadendrohenden Ereignissen gegenüber liegt das gleiche Schutzbedürfniss vor. Auch können nur die eigenthümlichen Gefahren in Betracht kommen, welche für die Reisenden aus ihrem Verhältnisse zu dem Recipienten erwachsen. Gegen Gefahren, denen die Reisenden in demselben oder ähnlichen Mafse in ihren eigenen Wohnungen mit ihren Sachen ausgesetzt waren, konnte ein besonderer Schutz nicht beabsichtigt sein. Damit scheiden von vorn herein eine Reihe von Naturereignissen aus dem Bereiche der in Betracht kommenden

Unfälle aus. Solche Ereignisse nicht in Bewegung zu setzen, gebot dem Recipienten schon sein eigenes Interesse. Auch die Sachbeschädigung von Menschenhand ist weniger zu befürchten; Personen, die sich nicht als Mitreisende oder Dienstleute im Schiffe oder im Wirthshause befinden, werden selten Gelegenheit oder Veranlassung haben, Sachen von Reisenden zu beschädigen, eventuell würde dabei häufig auch ein Versehen einer der im Schiffe oder Wirthshause befindlichen Personen concurriren. Die Annahme, dass Schiffer und Wirth oder deren Leute oder Passagiere zwecks Beschädigung im Schiffe oder Wirthshause befindlicher Gegenstände mit Leuten von draussen conspiriren sollten, ist nahezu ausgeschlossen. Es bleibt daher wesentlich die Gefahr einer, sei es fahrlässigen oder, was seltener sein wird, vorsätzlichen Sachbeschädigung von Seiten der Leute des Schiffers oder Wirthes oder der Mitreisenden. Ein Schutz hiergegen wird dadurch gewährt, dass Schiffer und Wirth für ihre Leute und Reisenden haften. Die grössere und eigentliche Gefahr desjenigen, der seine Sachen dem Schiffe oder Gasthofe anvertraut, besteht im Diebstahle. Hierbei wirkt die Triebfeder des Eigennutzes auf den Recipienten nicht minder, wie auf seine Leute und die Passagiere mit, hier liegt die Möglichkeit nahe, dass der Recipient, wenn er ungetreu ist, oder jene anderen im Schiffe oder Wirthshause befindlichen Personen auch mit fures extranei gemeinschaftliche Sache machen, um mit ihnen die Früchte des Diebstahls zu theilen. Es können absichtlich Diebe als Reisende aufgenommen werden, die sich dann mit dem gestohlenen Gute, das sie später zur Theilung bringen, vor entdecktem Diebstahle wieder entfernen, ohne dass irgend eine Verschuldung des Recipienten, seiner Leute oder Reisenden nachweisbar wird. Der stärkste Schutz gegen diese Gefahren würde in der unbe-

dingten Haftung des Recipienten für jeden Diebstahl liegen. Indess auch die unbedingte Haftung des Recipienten für seine Leute und Passagiere würde, wennschon nicht gegen jeden Diebstahlsverlust, doch in sehr weitem Umfange Sicherheit gewähren. Denn ein überaus grosser Theil aller von extranei begangener Diebstähle ist, ganz abgesehen von einer absichtlichen Hilfeleistung, nicht ohne ein Versehen des Recipienten oder der Leute oder Passagiere desselben — Nichtverschliessen der Thüren oder Fenster, Mangel an Aufsicht u. s. w. — möglich. Ob das Edict und die Jurisprudenz in dieser oder jener Weise den möglichen Gefahren und insbesondere der Diebstahlsgefahr zu begegnen suchte, ist freilich aus diesen allgemeinen Erwägungen nicht zu bestimmen. Jedenfalls aber kehrte das Edict seine Spitze gegen den Diebstahl, und es ist wohl zu beachten, dass ULPIAN gerade die materia cum furibus coeundi, der es vorzubeugen gälte, speziell hervorhebt, nicht aber auch andere die aufgenommenen Sachen bedrohende Gefahren. Würde der Recipient für die Handlungen seiner Leute, der Passagiere und Reisenden wie für seine eigenen Handlungen zu haften haben, so läge darin auch eine überaus erhebliche Erweiterung der gewöhnlichen Prästationspflicht und eine Haftung weit über culpa hinaus. Auch der locator conductor haftet nicht schlechthin für die Handlungen seiner Gehilfen[1]). Die Haftung für Passagiere und Reisende wäre vollends anomal und, da sich der Recipient dieselben nicht auswählt und nicht auswählen kann, wohl geeignet, sobald man von den eigenthümlichen Bedingungen der in Rede stehenden Institute absieht, für hart gehalten zu werden.

ULPIAN interpretirt hiernächst das Edict im Einzelnen,

1) Hierüber ist freilich Streit. Ich halte die Ansicht GOLDSCHMIDTS a. a. O. Ed. XVI insbes. S. 303 ffg. u. S. 352 ffg. für richtig.

kommt im § 6 zu den Worten: quod cuius salvum fore receperint uud führt in den §§ 6 und 7 aus, dass zu den mit der Verpflichtung des salvas fore aufgenommenen Sachen auch Reiseanzüge und sonstige zum täglichen Gebrauche dienende Gegenstände und ohne Unterschied eigene Sachen des Reisenden oder fremde, bei deren Erhaltung derselbe interessirt sei, gehören. In dem sich anschliessenden § 8 heisst es dann:

> Recipit autem salvum fore utrum si in navem res missae ei adsignatae sunt: an et si non sint adsignatae, hoc tamen ipso, quod in navem missae sunt, receptae videntur? et puto omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt, et factum non solum nautarum praestare debere sed et vectorum.

Es folgen:

> L. 2 Gaius libro V ad edict. provinc.:
>
> Sicut et caupo viatorum

und

l. 3 Pr. wiederum aus dem XIV. Buche des Edicts commentares Ulpians:

> Et ita de facto vectorum etiam Pomponius libro trigensimo quarto scribit. idem ait, etiamsi nondum sint res in navem receptae, sed in litore perierint, quas semel recepit, periculum ad eum pertinere.

Indem Ulpian das recipit salvum fore des Edictes zu erklären sucht, wirft er die Frage auf, ob der Schiffer die Sachen salvas fore recipirt, nur wenn sie ihm besonders überwiesen werden oder bereits mit dem Hineinbringen der Sachen in das Schiff. Wenn er dann fortfährt: et puto omnium eum recipere custodiam quae in navem illatae sunt, so setzt er an die Stelle des salvum fore recipere das recipere custodiam. Wer das salvum fore verspricht, verspricht custodia. Ich bleibe indess zunächst

bei dem unmittelbar anschliessenden Satze ULPIANs, weil derselbe meines Erachtens für die Feststellung des Haftungsumfanges des Recipienten entscheidend ist: et factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum, auf welchen im Commentare ULPIANs ohne Zweifel l. 3. Pr. cit. und also zunächst die Bemerkung folgte: et ita de facto vectorum etiam Pomponius libro trigensimo quarto scribit, während die Compilatoren die zusammenhängenden Sätze getrennt und als l. 2 die Stelle aus GAIUS: sicut et caupo viatorum dazwischen geschoben haben.

Schiffer und Wirthe prästiren also die facta ihrer Dienstleute, sowie der Reisenden und Passagiere, die sie aufnehmen, d. h. sie haften für diese Handlungen wie für ihre eigenen; ein Verlust oder Schaden, der von den Leuten, Reisenden oder Passagieren durch eine von diesen zu vertretende Handlung herbeigeführt wird, muss vom Schiffer und Wirthe auch ohne eigene Schuld getragen werden. Schiffer und Wirthe haften aber nicht für die Handlungen dritter Personen. Der letzte Satz wird zwar nicht direct ausgesprochen, aber er folgt aus dem, was ULPIAN ausdrücklich sagt. GOLDSCHMIDT[1]), der dieser Ansicht ist, weist darauf hin, »dass hier mehrfach und mit Nachdruck die Haftung des Schiffers und Wirths für die Dienstleute und die Reisenden als ein ausserordentlicher, ungeachtet der unbedingten Fassung des Edictes, erst durch die Jurisprudenz festgestellter Rechtssatz hervorgehoben, und ein wesentlicher Unterschied der Geschäftsklage von den Strafklagen darin gesetzt wird, dass bei den letzeren nicht für vectores und viatores gehaftet wird,« und dass eine derartige Ausdrucksweise unerklärlich sein würde, wenn eine unbedingte Haftung auch für andere

1) GOLDSCHMIDT a. a. O. Bd. III S. 96.

Personen angenommen würde. Die unbedingte Garantie für Dienstleute, Passagiere und Reisende habe am nächsten gelegen, für andere Personen würde sie höchst anomal gewesen sein und hätte darum um so eher ausdrücklich erwähnt werden müssen. PERNICE[1]) giebt zwar zu, dass die Stellen auf den ersten Blick die GOLDSCHMIDT'sche Ansicht zu bestätigen schienen, zumal POMPONIUS die Haftung des Schiffers für die Mitpassagiere als etwas Neues anzusehen scheine. Aber er hält die Ausdrucksweise auch für erklärbar, wenn man die actio poenalis als Gegensatz denke, und nur diese Auslegung für zulässig im Hinblicke auf die l. 3 § 1 D. naut. Unmöglich könne LABEO noch von damnum fatale und Piratenangriffen reden, wenn der Schiffer nur für Diebstahl der Passagiere aufzukommen habe. BRINZ[2]), der ebenfalls GOLDSCHMIDT entgegentritt, macht geltend, die Passagiere und Passanten seien ein Beispiel, kein Gegensatz der extranei (deren es im Schiffe nicht leicht andere gäbe); auch lasse das Einverständniss zwischen Wirthen und Dieben, dem das Edict auch begegnen wolle, eine Einschränkung auf innere Diebe nicht zu; endlich aber sei das salvum fore recipere, an welches das Edict anknüpfe, seinem klaren Buchstaben nach über den Unterschied von Schuld und Unschuld erhaben. — Die Bedeutung der Frage macht eine Auseinandersetzung mit diesen Auslegungen unerlässlich.

Es ist nicht zu verkennen, dass die Bemerkung ULPIANs nicht ganz an der richtigen Stelle steht; denn er hat es in der l. 1 §§ 6—8 zunächst nicht mit den Unfällen zu thun, für welche der Schiffer haftet, sondern mit den Gegen

1) PERNICE a. a. O. Bd. II S. 349 Anm. 13.
2) BRINZ a. a. O. Bd. II S. 273.

ständen, auf welche sich die Haftpflicht erstreckt. Indess, indem er die aufgeworfene Frage, ob der Schiffer für die Sachen des Passagiers nur haftet, wenn sie ihm überwiesen sind, oder schon dann, wenn sie in das Schiff gebracht sind, mit dem et puto omnium u. s. w. beantwortet, leitet er bereits durch das eum custodiam recipere zu dem Masse der Verpflichtung in Ansehung der zu vertretenden Unfälle hinüber und fährt dann in dem so eingeschlagenen Gedankengange mit dem et factum u. s. w. fort. Danach ist er also gerade in der Aufgabe begriffen, den Umfang der Haftung des Schiffers zu bestimmen. Wollte man nun voraussetzen, er hätte eine Haftung des Schiffers auch für die facta dritter Personen angenommen, wie wäre es denkbar, dass er da nur der facta der nautae und vectores, nicht aber der facta solcher Personenkreise gedacht hätte, die dem Unternehmen des Schiffers ferner standen? Die Grenze wird nur durch den Grenzpunkt und nicht durch einen Punkt diesseits der Grenze bestimmt. Und noch mehr: hatte nach der Meinung ULPIANs der Schiffer auch die facta der extranei zu prästiren, so prästirte er eben die facta jedermanns. Von diesem Standpunkte aus liess sich gar nicht dazu kommen, die Haftung für nautae und vectores besonders hervorzuheben. Einer so schiefen und irreleitenden Sprachweise konnte sich ULPIAN unmöglich bedienen. Traut man ihm solche gleichwohl zu, so verliert man auch das Recht, seine Ausdrucksweise in l. 3 § 1 D. naut. zur Grundlage für einen Lehrsatz von der vis maior zu machen, der mit dem, was er und andere Juristen sonst von diesem Begriffe sagen, im Widerspruche steht. Er eignet sich dann wirklich mit seiner zweifelvollen l. 3 § 1 nicht zur einzigen Autorität für unsere ganze streitige Lehre. Es sind aber auch nicht die facta vectorum und nautarum, für welche der Schiffer aufkommen soll, son-

dern die facta non solum nautarum sed et vectorum, eine Fassung, die nur unter der Voraussetzung erklärbar ist, dass einerseits etwas Abschliessendes behauptet werden sollte und andererseits die vectores sich nicht ohnehin schon von selbst verstanden.

Das sed et vectorum spricht bereits dafür, dass selbst die Prästation ihrer facta nicht immer allgemein anerkannt war. Dies wird vollends dadurch gewiss, dass sich ULPIAN wegen der vectores noch ausdrücklich auf den Pomponius beruft. So lange aber Zweifel darüber bestanden, ob die facta vectorum unbedingt zu prästiren waren, so lange konnte die Prästation der facta der extranei nocht nicht allgemein anerkannt sein. Hätte unter solchen Umständen ULPIAN seinerseits eine Haftung für die facta der extranei angenommen, so war es vollends unmöglich, dass er nur die vectores hervorhob. Uebrigens war es anscheinend nicht bloss ULPIAN, der allein von der Prästation der facta nautarum et vectorum gesprochen hatte, sondern auch POMPONIUS. Oder sollte man meinen, POMPONIUS habe auch der extranei gedacht, und ULPIAN hätte gleichwohl aus ihm nur die vectores entnommen? Auch GAIUS hat sicherlich an jener Stelle, aus welcher die Compilatoren das sicut et caupo viatorum bezogen haben, nur die viatores gehabt. Entweder alle diese Juristen haben in der ungenügendsten Weise geschrieben, oder es ist richtig, dass sich die unbedingte Haftung des Recipienten nicht auf die facta der extranei erstreckt. Wäre es ja doch auch, falls man eine Haftung für die Handlungen der extranei angenommen hätte, so überaus einfach gewesen, dies mit wenigen Worten zu sagen. Schliesslich haben wir es übrigens nicht einmal allein mit dem ULPIAN, dem POMPONIUS und dem GAIUS zu thun, sondern mit den Digesten JUSTINIANS und deren Compilatoren. Und diese,

als sie das sicut et caupo viatorum einschoben, waren sicherlich der Meinung, dass damit eine Haftung selbst für die Reisenden als für ein Aeusserstes vorgeschrieben würde.

Weder die Bemerkungen von PERNICE noch die von BRINZ können dies Resultat erschüttern. Auch die Absicht, die Haftung für die vectores im Gegensatze zu den Strafklagen zu betonen, wenn sie dem ULPIAN oder dem POMPONIUS vorgeschwebt hätte, würde die Ausdrucksweise derselben nicht erklären. Die Haftung für die Handlungen Dritter stand vollends im Gegensatze zu den Strafklagen. Die Annahme, dass Passagiere und Passanten nur als Beispiele für die extranei angeführt seien, ist ausgeschlossen Ganz abgesehen von der schlechten und irreleitenden Wahl eines solchen Beispieles, wo es überdies, wenn man die Prästation der Handlung jedermannes unterdrücken wollte, eines Beispieles gar nicht bedurfte, so mag es freilich im Schiffe auf der Fahrt nicht leicht andere extranei — das Wort im Gegensatze zu den nautae angewendet — geben, als die Passagiere, aber es handelt sich doch keineswegs blos um das unterwegs befindliche Schiff; unmittelbar im Anschlusse an das Citat aus POMPONIUS wird von den res quae in litore perierint gesprochen. Noch weniger kann von der caupona behauptet werden, dass es in ihr andere extranei als die viatores nicht gäbe. Dass das Edict, auch wenn es eine unbedingte Haftung für fures extranei nicht anordnet, doch auch bei lediglich unbedingter Haftung für die Handlungen der Dienstleute und der Reisenden dem Gläubiger einen recht grossen Schutz gewährt und ihn in hohem Masse selbst gegen die fures extranei sichert, ist oben ausgeführt. Aber ULPIAN spricht auch gar nicht von einer Prästation der furta,

sondern der facta der nautae und vectores, und selbst BRINZ[1]) ist anscheinend nicht der Meinung, dass der Recipient für das damnum iniuria datum seitens des extraneus unbedingt aufzukommen hat. Die l. 3 § 1 mit ihrem sine culpa teneri, nisi si quid damno fatali contingit lässt sich nicht ohne Weiteres gegen dies Ergebniss aus l. 1 § 8 in's Feld führen. Ihr unbestimmter Sinn ist aus bestimmteren Aussprüchen zu erklären. Von Piratenangriffen als Befreiungsgrund konnte aber ULPIAN sprechen, auch wenn selbst für den fur extraneus nicht immer aufzukommen war. Diente doch die vis piratarum auch als Beispiel lediglich unverschuldeter Ereignisse bei Obligationen, bei denen sich eine unbedingte Haftung für Diebstahl schlechterdings nicht behaupten lässt. Was endlich das Versprechen des salvum fore betrifft, so steht auch dessen Umfang und Tragweite nicht von vorn herein fest, sondern muss erst aus den speziellen Bestimmungen über die Haftung des Recipienten gewonnen werden.

Prästation der facta der eigenen Leute, der Reisenden und Passagiere also ist es, worin wenigstens bis hierher die strengere und besondere Haftung des Recipienten besteht. Insoweit es sich aus dieser Prästationspflicht herleiten lässt, haftet der Recipient also auch für furtum und damnum iniuria datum, nicht aber weder für diese Unfälle an sich, noch für einen anderen unverschuldeten Unfall, der sich nicht auf die von ihm zu vertretenden Handlungen der einen oder anderen jener Personen zurückführt. Hiermit steht auch l. 3 § 3 h. t. völlig im Einklang:

> . . . . item si servus exercitoris subripuit vel damnum dedit, noxalis actio cessabit, quia ob receptum suo nomine dominus convenitur.

---

1) BRINZ a. a. O. Bd. II S. 275 Anmerkg. 40, cf. dagegen S. 283.

Der Schiffer haftet aus dem Edict für Diebstahl und Beschädigung recipirter Sachen seitens seines Sclaven.

In l. 5 h. t. haben wir indess auch einen Ausspruch des Gaius (aus dem 5. Buche seines Commentares zum edictum provinciale) über die Haftung des Recipienten für furtum und damnum, welcher ein von dem bisherigen Ergebnisse abweichendes Resultat zu begründen scheinen könnte und jedenfalls zur Unterstützung der Ansicht, dass sicherlich für jedes furtum und wohl auch für damnum iniuria datum von Recipienten unbedingt zu haften ist, herangezogen zu werden pflegt. L. 5 lautet:

> Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut traiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiatur, stabularius ut permittat iumenta apud eum stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur. nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur. § 1. Quaecumque de furto diximus, eadem et de damno debent intellegi: non enim dubitari oportet, quin is, qui salvum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recipere videatur.

Das salvum fore recipere enthält also nach § 1 das Versprechen, die aufgenommenen Sachen gegen Diebstahl und gegen Beschädigung zu schützen, also — denn ein Unterschied wird in dieser Beziehung nicht gemacht — gegen Diebstahl und Beschädigung, auch wenn sie von einem extraneus ausgehen und ohne Rücksicht auf eine concurrirende zu vertretende Handlung des nauta, vector oder viator. Allein auf der anderen Seite bleibt es unbestimmt, ob GAIUS von einem unbedingten Schutz, von einer schlechthin übernommenen Garantie spricht. Nur das ist gewiss, dass das, was GAIUS von dem furtum gesagt hat,

auch von dem damnum Geltung hat. Was aber GAIUS von dem furtum gesagt hat, theilen die Compilatoren nicht mit. Das principium der lex hat es mit einer anderen Betrachtung zu thun. Nauta, caupo und stabularius erhalten Lohn nicht für die custodia, sondern der nauta für die Fahrt, der caupo und stabularius für die Gewährung des Unterkommens und doch haften sie für custodia. Denn auch der fullo und sarcinator erhalten keinen Lohn pro custodia, sondern pro arte, und sind doch wegen custodia ex locato verhaftet. In unmittelbarem Zusammenhange mit dieser Ausführung stand jedenfalls die ebenfalls aus dem fünften Buche ad edict. provinc. des GAIUS entnommene l. 40 D. loc. 19,2:

Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat.

Die Bedeutung der hier gedachten custodia wird wiederum durch die von den Compilatoren angeschlossene l. 41 D. 19,2 aus dem fünften Buche ULPIANS ad edict. näher bestimmt:

Sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse Julianus ait: qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? sed Marcellus interdum esse posse ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit: quae sententia Marcelli probanda est.

Endlich ist uns auch der Ausspruch JULIANS, auf den ULPIAN in der eben citirten Stelle Bezug nimmt, in l. 19 D. comm. 13,6 erhalten:

Ad eos, qui servandum aliquid conducunt aut utendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere, procul dubio est: qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?

Liess sich auch nicht von dem uns unbekannt ge-

bliebenen Ausspruch des GAIUS über das furtum seine Stellung zum damnum iniuria datum erklären, so wird es umgekehrt möglich sein, da hinsichtlich beider Ereignisse der Recipient nach GAIUS dieselbe Schutzpflicht übernimmt, von der Haftung für damnum auf die für furtum zu schliessen. Das damnum ab alio datum wird nach den citirten Stellen von den römischen Juristen als ein Unfall behandelt, dem sich durch custodia nicht oder doch nur in sehr seltenen Fällen begegnen lässt, für den daher regelmässig vom Schuldner nicht gehaftet wird. Unfraglich ist es auch schwieriger, eine Sache vor Beschädigung zu schützen als ihre Entwendung zu verhindern. Namentlich fallen dabei die zahlreichen Fälle der fahrlässigen Beschädigung ins Gewicht. Gleichwohl mag die Frage JULIANS: qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? und die die Möglichkeit des Schutzes doch nur für vereinzelte Ausnahmefälle bejahende Berichtigung des Marcellus auffällig erscheinen. Ganz so schlimm liegt die Sache in Wirklichkeit nicht, aber die starke Abwehr der Haftung für die Regel der Fälle zeigt immer, wie vorsichtig die Römer bei Bemessung des Haftungsumfanges waren. Dass da, wo für die custodia ein Lohn gegeben wurde, eine andere Anschauung Platz gegriffen hätte, wird nirgends angedeutet; auch der bezahlte Custodient trägt nur dasselbe periculum custodiae wie der nicht bezahlte. Nun bliebe es freilich möglich, dass für den Recipienten eine strengere Haftung Geltung hätte. Doch scheint dem l. 1 § 8 D. naut. cit. entgegen zu stehen. Würde der Recipient für das damnum datum unbedingt haften, so wäre es nicht mehr richtig, dass er nur die facta nautarum, vectorum und viatorum prästirte. Das damnum ab alio datum, da es gewaltsam geschehen kann, lässt jedenfalls auch die Ausnahme der vis maior

zu, mag man darunter, was man wolle, verstehen. Das recipere a damno des GAIUS enthält aber nichts von einer Ausnahme, der dadurch gegebene Begriff selbst bereits kann also die Unbedingtheit nicht in sich schliessen. Wenn endlich GAIUS vom nauta, caupo und stabularius sagt, dass sie, obschon sie für die custodia keinen Lohn erhalten, dennoch für custodia haften, so ist es an diesem Gegensatze zwischen der Lohnlosigkeit und der Haftung für custodia genug und nicht wahrscheinlich, dass GAIUS diesen Personen trotz des Mangels an Lohn auch noch eine erhöhte custodia-Pflicht d. h. hier ein unbedingtes Einstehen für das damnum ab alio dato hätte zumuthen wollen. Selbst der Satz, dass der nauta, caupo und stabularius custodia zu prästiren haben, wennschon sie dafür nicht bezahlt werden, schien dem GAIUS noch einer weiteren Bestätigung zu bedürfen, und er unterstützt ihn desshalb durch das Beispiel vom fullo und sarcinator, die unstreitig für damnum datum nicht unbedingt zu haften haben[1]). Fullo und sarcinator haften, wie HASSE[2]) und BRINZ[3]) mit Recht annehmen, nicht einmal unbedingt für den Diebstahl, in Betreff der Sachbeschädigung nimmt anscheinend auch PERNICE[4]) eine unbedingte Haftung derselben nicht an. Wird man sonach davon ausgehen müssen, dass der Recipient nicht unbedingt für Sachbeschädigung aufzukommen hat, so muss das Gleiche auch vom Diebstahl angenommen werden.

Nach l. 3 Pr. D. h. t.: idem ait, etiamsi nondum sint

1) Dass vom fullo und sarcinator gesagt wird, dass sie custodiae nomine ex locato tenentur, berechtigt auch nicht zu dem Schlusse auf eine andere Art der custodia.

2) HASSE a. a. O. S. 351.

3) BRINZ a. a. O. Bd. II S. 275 Anm. 40.

4) PERNICE a. a. O. Bd. II S. 350 ffg.

res in navem receptae, sed in litore perierint, quas semel recepit, periculum ad eum pertinere und nach l. 4 Pr. D. eod.: sed et ipsi nautae furti actio competit, cuius sit periculo, trägt der Recipient das periculum der aufgenommenen Sachen. Ebenso nach l. 14 § 17 D. de furt. 47,2 in den Schlussätzen:

> finge eam epistolam fuisse, quae continebat, ut ei quid redderetur fieretve: potest habere furti actionem: vel si custodiam eius rei recepit vel mercedem perferendae accipit. et erit in hunc casum similis causa eius et cauponis aut magistri navis: nam his damus furti actionem, si sint solvendo, quoniam periculum rerum ad eos pertinet.

Bei der Unbestimmtheit des Sinnes aber, den die Quellen mit dem Ausdrucke periculum verbinden, folgt aus diesen Stellen für den Umfang der Haftungspflicht des Recipienten nichts Entscheidendes; es giebt ein periculum casus, periculum omne, aber auch ein periculum negligentiae u. s. w. Worin die zu tragende Gefahr besteht, ob der Träger der Gefahr für jeden casus einzustehen hat oder vielleicht auch nur für die in der Unterlassung der erforderlichen Diligenz liegende Gefahr, lässt sich nur aus den besonderen Zusätzen zum Ausdrucke periculum oder aus dem Zusammenhange erkennen[1]). Das periculum der l. 3 Pr. geht nach dem Zusammenhange jedenfalls nicht über die Haftung für custodia und für die facta der nautae und vectores hinaus. Nach l. un. § 4 D. furt. adv. naut. 47,5:

> Quod si receperit salvum fore caupo vel nauta, furti actionem non dominus rei subreptae, sed ipse habet, quia recipiendo periculum custodiae subit

ist es ausdrücklich nur das periculum custodiae, das der Recipient auf sich nimmt.

1) cf. Hasse a. a. O. § 77 S. 287, Mommsen a. a. O. S. 237 ffg., Ryck, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. III S. 398 ffg.

Nach den vorstehend angezogenen Fragmenten l. 4 Pr. D. 4,9, l. 14 § 17 D. 47,2 und l. un. § 4 D. 47,5 haben nauta, caupo und stabularius auch die actio furti. Damit würde, falls aus der Competenz zur actio furti die unbedingte Haftung für Diebstahl folgte, eine solche Haftung auch für den Recipienten erwiesen sein. Die herrschende Ansicht verwirft indess die Zulässigkeit dieses Schlusses mit Recht[1]). Somit bleibt also nur die Frage, ob etwa die custodia, welche der Recipient zu prästiren hat, an sich selbst so geartet ist, dass sie eine über die Diligenz hinausgehende Haftung enthält. Der Recipient würde nach der Regel schon gesetzlich für custodia haften. Durch das ausdrückliche oder stillschweigend verstandene Versprechen des salvum fore sagt er überdies noch custodia vertragsmässig zu. Wo bereits gesetzlich für custodia einzustehen ist, hat nach GOLDSCHMIDTs Ansicht[2]) »die obendrein vertragsmässig erfolgte Uebernahme der custodia entweder gar keinen Sinn, ist ein bedeutungsloser Zusatz — was nach allgemeinen Auslegungsregeln im Zweifel nicht angenommen werden darf; — oder sie führt zu einer Erhöhung der gesetzlichen Verpflichtung, zu einer Haftung auch für solche Ereignisse, welche an sich nicht imputabel, als casus zu betrachten wären, sich dennoch aber durch Aufwendung ausserordentlicher Sorgfalt überwinden lassen. Diese wird hier ausnahmsweise zur Pflicht gemacht.« Nach BRINZ[3]) hat ein ausdrückliches und nicht näher bestimmtes custodia-Versprechen, das ja nur abgegeben werde, wo ohnehin die custodia eingeräumt sei, nicht den Sinn eines blossen Diligenz- sondern den Sinn eines Garantie-Ver-

1) Ein näheres Eingehen auf diese Streitfrage muss ich mir hier ebenso versagen, wie dies bereits oben S. 45 geschah.

2) GOLDSCHMIDT a. a. O. Bd. III S. 111.

3) BRINZ a. a. O. Bd. II S. 271 ffg.

sprechens. Buchstäblich freilich soll auch dies Garantie-Versprechen nicht aufzufassen sein und sich weder auf solche Gefahren beziehen, gegen die ein Schutz überhaupt nicht möglich, noch auf solche, gegen welche ein Schutz zwar möglich, aber praktisch nicht durchführbar sei. Was bei BRINZ nach Abzug dieser Gefahren sicher übrig bleibt, ist anscheinend nur das furtum. Dort also wird aus dem custodia-Versprechen eine unbestimmte Steigerung der Sorgfalt zu einer ausserordentlichen Sorgfalt, hier eine Steigerung der Haftung zu einer unbestimmten Garantie abgeleitet. Nun mag man zwar zugeben, dass das Versprechen der custodia von Seiten eines ohnehin zur custodia verpflichteten Schuldners regelmässig im Sinne einer Erhöhung der gesetzlichen Verpflichtung gemeint sein wird. Gewonnen ist indess hierdurch nicht viel. Es bleibt immer erst zu ermitteln, in welchem Masse oder in welcher Richtung eine Steigerung gewollt ist, und es ist höchst misslich, auf den blossen Steigerungsbegriff eine Theorie zu stützen. Das Versprechen des salvum fore erstreckt sich allerdings auf Detentionsverluste sowohl wie auf Beschädigungen, dass es aber keine unbedingte Haftung zusagt, folgt schon aus der zugelassenen Ausnahme der vis maior. Der Frage, was vis maior ist, kommt man deshalb auch von hier aus nicht näher. Eine Steigerung der Haftpflicht des Recipienten überhaupt aber liegt auch bereits darin, dass er die facta nautarum, vectorum und viatorum prästirt. Und wenn es in l. 1 § 8 D. h. t., von dem, der das salvum fore recipit, heisst, et puto omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt et factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum, so scheint doch dadurch diese Prästationspflicht sogar ausdrücklich als die eigenthümliche Rechtsfolge des salvum

fore recipere und der durch sie begründeten custodia hingestellt zu sein.

Bisher ist es sonach bei dem Ergebnisse geblieben: der Recipient haftet bei Verlust und Beschädigung der von ihm aufgenommenen Güter für die Handlungen seiner Leute, Reisenden und Passagiere so wie für seine eigenen Handlungen; insoweit er jene Handlungen der Leute, Reisenden und Passagiere nicht verschuldet, gleichwohl aber dafür aufzukommen hat, haftet er sine culpa; darüber hinaus haftet er nur für culpa, nicht für casus. Wie aber verhält sich dieses Ergebniss zu der l. 3 § 1 h. t. mit ihrem at hoc edicto omnimodo u. s. w.? Lässt es sich mit diesem Ausspruche vereinigen oder muss es danach modificirt werden? Es scheint zunächst nicht, als ob ULPIAN bei dem etiamsi sine culpa u. s. w. nur die Haftung für die Dienstleute und Passagiere im Auge gehabt haben könnte. Dass das Haften als Regel, das Nichthaften als Ausnahme hingestellt wird, wäre zwar noch zu verstehen, da thatsächlich die Prästation der facta der Dienstleute und Passagiere zu einem Einstehen für den weitaus grössten Theil aller Unfälle führen wird. Auch das omnimodo in der Bedeutung von unbedingt, also von dem Grade der Haftung, verstanden, würde keine Schwierigkeit machen. Gleichwohl kann ULPIAN nicht wohl die unverschuldete Haftung für die Handlungen der Dienstleute und Passagiere in den Gegensatz zur Nichthaftung für Zufall gestellt haben. Denn auch jenes Haften ist ein Haften für Zufall, auch unterscheidet ULPIAN nicht gewisse casuelle Ereignisse auf der einen Seite vom Reste der casuellen Ereignisse auf der anderen Seite. Das damnum fatale der Ausnahme kann als befreiendes Ereigniss auch gerade da wirksam werden, wo sonst sine culpa gehaftet wird; casus,

wenn damnum fatale casus ist, würde also zum Grunde der Nichthaftung bei casuellen Ereignissen.

Wenn aber sonach ULPIAN eine Haftung des Recipienten für unverschuldete Unfälle anzunehmen scheint, die nicht in der Prästation der facta nautarum und vectorum aufgeht, so müssen die weiteren unverschuldeten Unfälle bestimmt werden, für die er aufzukommen hat, oder es müssen die als vis maior anzusehenden Unfälle festgellt werden, für welche er nicht einsteht. In Frage kommen dabei die Handlungen Dritter und die Naturereignisse, insoweit sich deren Eintreten oder schädliches Wirken nicht auf ein Verschulden der nautae oder vectores zurückführen lässt, und in Frage kommt weiter, ob die Handlungen Dritter und die Naturereignisse dann nicht zu prästiren sind, wenn sie trotz einer aussergewöhnlichen über die Diligenz hinausgehenden Anstrengung nicht vermeidbar waren, oder ob aus jenen Handlungen und Ereignissen eine bestimmte Art von Ereignissen auszusondern ist, denen der Charakter der vis maior beiwohnt. Die von ULPIAN respective LABEO gegebenen Beispiele naufragium und vis piratarum würden unter dem einen sowohl wie unter dem anderen Gesichtspunkte betrachtet sein können. Aber in beiderlei Hinsicht steht das schon früher hervorgehobene Bedenken entgegen, dass vis maior sonst nur casus bedeutet, und dass naufragium und vis piratarum mannigfach als Beispiele für blossen casus dienen. Der Grund ferner, aus dem nach LABEO im Falle des naufragium und der vis piratarum eine exceptio sich rechtfertigt, ist der Billigkeit entnommen: non esse iniquum exceptionem ei dari. Die exceptio ist billig, weil man billigerweise vom Schuldner einen Widerstand gegen jene Ereignisse nicht beanspruchen kann. Massgebend bei dieser Erwägung ist die Rücksicht auf die Widerstandskraft des Betroffenen. POMPONIUS findet

es befremdlich, wesshalb trotz des Vorhandenseins der Civilklagen die prätorische Klage eingeführt sei, er vermisst anscheinend den rechten Zweck für diese Klage. Freilich thut er dies nur auf den ersten Blick und giebt sich dann selbst Rechenschaft über die Zweckmässigkeit des neuen Rechtsmittels, aber sein, wenn auch nur flüchtiges Bedenken, mahnt jedenfalls, den Unterschied zwischen den Civilklagen und der Klage aus dem receptum nicht ohne Noth zu erweitern. Selbst da, wo die römischen Juristen eine unbedingte Haftung annehmen, neigen sie sich dazu, dieselbe wenigstens durch eine Fiction der culpa zu erklären, wie dies beispielsweise in l. 7 Pr. D. naut., sowie in l. 1 § 4 und l. 6 § 2 D. de his qui effuderint 9,3[1]) der Fall ist. Dabei hat das Edict de his qui effuderint einen rein polizeilichen Charakter und, wenn es nicht vorhanden wäre, würde der Vorübergehende regelmässig ohne jeden Ersatz bleiben, während sich der Gast in den meisten Fällen ohnehin an den caupo halten kann. Nach § 6 haftete der horrearius stets für Diebstahl, ohne besonderes custodia-Versprechen aber nicht für effractura horreorum, auch, soweit es erkennbar ist, bei Beschädigungen nur für Diligenz. Die horrea waren aber eigens zu dem Zwecke da, fremde Sachen sicher aufzubewahren. Der horrearius betrieb den Schutz der fremden Sachen gewerbsmässig und wurde dafür bezahlt. Der Eigenthümer, wenn er seine Sachen einmal in das horreum gegeben hatte, war ganz und gar auf die Sorgfalt des horrearius und der Leute desselben verwiesen, seinerseits vermochte er zum Schutze seiner Sachen nichts mehr zu thun. Der horrearius konnte unbefugten Personen mit leichter Mühe den Zutritt zum horreum verwehren. Alles das liegt bei dem nauta, caupo

1) Habitator suam suorumque culpam praestare debet.

und stabularius anders. Diese erhalten keine Entschädigung für die Beaufsichtigung. Der Schutz der fremden Sachen ist nicht der erste und jedenfalls nicht der alleinige Zweck des von ihnen eingegangenen Vertrages. Der Recipient nimmt die Sachen der Reisenden und Passagiere nicht einmal nothwendig in seine unmittelbare Detention, die Reisenden und Passagiere behalten vielmehr regelmässig mindestens einen Theil ihrer Habe, so namentlich Kleidung und Mundvorräthe, unter ihrer unmittelbaren Aufsicht; auch, wer seine Waaren verschiffte, pflegte im römischen Reiche die Reise mitzumachen. Unbefugte lassen sich vielleicht vom Schiffe aber nicht vom Wirthshause abhalten. Das sind Erwägungen, die eher geneigt machen müssen, die Haftungspflicht des Recipienten im Verhältnisse zu der des horrearius herabzusetzen.

Dem gegenüber würde es selbst dann bedenklich sein, aus der l. 3 § 1 eine über die Prästation der Handlungen der Dienstleute und Passagiere hinausgehende, gesteigerte oder gar unbedingte Haftung des Recipienten herzuleiten, wenn es nicht möglich wäre, im Ausspruche Ulpians die vis maior als casus aufzufassen. Der bestimmte Ausspruch der l. 8 § 1 stände dann eben dem unbestimmten und zweifelhaften der l. 3 § 1 gegenüber. Sollte sich nicht aber doch die Möglichkeit bieten, auch in l. 3 § 1 die vis maior als casus festzuhalten, ohne dabei auf die oben hervorgehobenen Schwierigkeiten und Widersprüche zu stossen? Der Recipient haftet für die Handlungen seiner Dienstleute und Passagiere zwar ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden, aber doch nur insoweit, als er dafür haften würde, wenn er sie selbst begangen hätte, d. h. insoweit, als sie von den Dienstleuten oder Passagieren verschuldet sind. Er ist mithin nur frei von der Ersatzpflicht, wenn das schädigende oder vernichtende Ereigniss nicht bloss

im Verhältnisse zu ihm, sondern auch im Verhältnisse zu den Dienstleuten und Passagieren Zufall war. Kann es nicht die Absicht ULPIANs gewesen sein, dies auch in der l. 3 § 1 zum Ausdrucke zu bringen? Er würde dann gesagt haben: der Recipient haftet schlechthin ohne eigenes Verschulden, nämlich für die von ihm nicht verschuldeten Handlungen seiner Leute und Passagiere, es sei denn, dass auch diesen gegenüber ein unverschuldeter Unfall vorlag. Bei dieser Auffassung tritt dem casus, für welchen der Recipient nach der Regel haftet, nicht derselbe casus wiederum als Befreiungsgrund gegenüber, sondern es handelt sich bei dem sine culpa eius um den casus in Ansehung des Recipienten, bei dem damnum fatale oder der vis maior um den casus in Ansehung der Dienstleute und Passagiere. Zu dieser Auslegung leitet anscheinend auch der Zusammenhang hin. Die l. 3 schloss sich bei ULPIAN unmittelbar an die l. 1 § 8 an. Das factum praestare non solum nautarum sed et vectorum der letzteren wird in dem § 1 der ersteren als sine culpa teneri wieder aufgenommen und durch den Zusatz nisi si quid damno fatali contingit näher dahin ergänzt, dass es sich nicht um eine Verantwortlichkeit für alle facta der Dienstleute und Passagiere, sondern nur um ein Einstehen für die von diesen verschuldeten facta handelt. Im Sinne derselben Auslegung wird auch das et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit zu deuten sein. Vis maior ist der Zufall, der dem ganzen Kreise der zum Getriebe der caupona gehörigen Personen, also dem Wirthe, den Dienstleuten und den Reisenden, gegenüber ein solcher ist.

Von dem so gewonnenen Standpunkte aus erledigen sich alle weiteren Fragen nach den besonderen Merkmalen der vis maior bei dem receptum. Vis maior ist auch hier nichts als Zufall und bleibt Zufall, obschon der Recipient

auch sine culpa für die facta der nautae und vectores haftet. Jeder weder vom Recipienten noch von seinen Leuten oder Reisenden verschuldete Unfall ist vis maior. In jedem Falle kommt es also darauf an, ob eine culpa einer dieser Personen vorliegt, immer ist auf die Untersuchung des Einzelfalles einzugehen. Die Frage nach der Herkunft des Unfalles, ob von aussen oder innen, fällt fort, die Kraft und Wucht des Ereignisses sind gleichgültig, insofern nicht etwa die culpa-Frage davon abhängt. Jedes Ereigniss, auch das furtum, kann vis maior sein, ebenso der innere Verderb. Führt sich der Unfall auf ein Thun der Dienstleute oder Passagiere zurück, so fällt die Verantwortlichkeit fort, wenn dieses Thun ein unverschuldetes ist. Der Recipient haftet also beispielsweise nicht, wenn ein plötzlich wahnsinnig werdender Reisender die Sachen eines anderen Reisenden beschädigt oder wenn einer der Leute im Wirthshause plötzlich ohnmächtig niederstürzt und durch seinen Fall Güter von Reisenden zertrümmert. Er haftet auch nicht für das Feuer, das im Schiffe oder Gasthofe entsteht, wenn weder er noch eine jener anderen Personen die nöthige Vorsicht verabsäumt haben.

§ 8.

Die vis maior in der neueren Rechtswissenschaft. (Subjective Theorie.)

Der Umstand, dass der Begriff der vis maior jetzt auch der Reichsgesetzgebung angehört, ist selbstverständlich nicht ohne Einfluss auf die Behandlung des Begriffes von Seiten der neueren Rechtswissenschaft geblieben, und neben den Rückblicken auf das römische Verkehrsrecht und den Consequenzen, die daraus für den Begriff gezogen werden, finden sich regelmässig auch Erörterungen und Beispiele, die etwa dem heutigen Handelsverkehr oder gar dem Betriebe der Eisenbahnen entnommen sind. Gleichwohl ist eine Sonderung zwischen denjenigen Rechtslehrern, die den Begriff, sei es in unmittelbarer Anlehnung an das römische Recht oder doch ganz im Allgemeinen behandeln, und den Schriftstellern möglich und rathsam, denen es vorwiegend nur auf die Erklärung des Begriffes in den Reichsgesetzen ankommt. Die letzteren, soweit es überhaupt erforderlich ist, werden zweckmässig bei Besprechung der Reichsgesetze zu erwähnen sein. Auch bei jenen Rechtslehrern empfiehlt sich wiederum die Trennung nach den beiden Hauptrichtungen, die von ihnen eingeschlagen sind, und demgemäss eine besondere Behandlung der Anhänger der subjectiven Auffassung, wonach das charakterische Moment für den Begriff in dem Verhältnisse zwischen den als höhere Gewalt qualificirten Unfällen und dem Masse des von dem Betroffenen geleisteten oder zu leistenden Widerstandes liegt, und der Anhänger der ob-

jectiven Auffassung, die das Wesen der vis maior in gewissen äusseren Merkmalen der Ereignisse finden. Ganz rein lässt sich freilich eine solche Unterscheidung nicht durchführen, weil keineswegs überall die Gegensätze klar aufgefasst und durchgebildet sind. Der Hauptvertreter der subjectiven Auffassung, ja in ihrer heutigen Begründung und Entwicklung sogar ihr Schöpfer, ist GOLDSCHMIDT, während der umfassendste Versuch, den entgegengesetzten Standpunkt prinzipiell festzustellen und in alle Einzelheiten durchzuführen, das Verdienst EXNERS ist.

GOLDSCHMIDT[1]) geht davon aus, dass der Ausdruck vis maior im Allgemeinen als blosser Gegensatz zur culpa »zur Bezeichnung unverschuldeter Ereignisse dient, mögen diese durch Naturgewalt oder durch Menschen veranlasst sein.« Dagegen soll damit in der Lehre vom receptum eine andere Bedeutung verbunden sein. Er fasst seine Ansicht in folgenden Sätzen zusammen[2]):

1. »Handlungen der Dienstleute und Passagiere (vectores, viatores) gelten den eigenen Handlungen des Recipienten gleich. Er steht also unbedingt ein nicht allein für eigenes Verschulden, sondern auch für jede Beschädigung und jeden Verlust, welche durch Verschulden einer dieser Personen herbeigeführt sind.
2. Er garantirt ferner für Handlungen dritter, zu der eben gedachten Kategorie nicht gehöriger Personen und zwar nicht allein gegen furtum, sondern auch gegen damnum derselben: Vernichtung und Beschädigung.«

Jedes vom Recipienten selbst unverschuldete, nicht unter einen der beiden vorstehenden Sätze fallende Er-

1) GOLDSCHMIDT a. a. O. Bd. III S. 90.
2) GOLDSCHMIDT a. a. O. Bd. III S. 93 u. 94.

eigniss ist vis maior. Der zweite Satz wird dann näher dahin erläutert, dass weder unbedingte Haftung für damnum und furtum, soweit solche nicht von den Dienstleuten und Passagieren ausgehen, stattfindet, »noch auch nur die gewöhnliche, sondern eine in beiden Beziehungen verstärkte, deren Umfang, unter Berücksichtigung des Grundgedankens unseres Institutes und der bezweckten strengen Haftung, der Richter im einzelnen Falle nach vernünftigem Ermessen zu bestimmen hat. Nur was darüber hinausliegt, ist nicht vertretbarer Zufall: vis maior, damnum fatale im Sinne unserer Lehre«[1]. Der zweite Satz gilt auch von der Haftung für Naturereignisse.

Bliebe noch ein Zweifel, in welchem Sinne GOLDSCHMIDT hier von einer verstärkten Haftung spricht, so geht aus anderen Stellen klar hervor, dass es sich um die aus seinem custodia-Begriffe hergeleitete Aufwendung ausserordentlicher Sorgfalt handelt, und es werden deshalb als nicht vertretbar und somit als vis maior erklärt »Naturereignisse und Handlungen anderer als der genannten Personen (nautae und vectores), welche ungeachtet aller irgend möglichen und durch die Umstände gebotenen Vorsicht weder abzuwenden, noch abzuwehren, noch in ihren schädlichen Folgen vermeidbar waren[2]«. Das Kriterium läuft also auf eine Steigerung der aus der Diligenz fliessenden Verpflichtungen zum Schutz und zur Obhut hinaus, für deren nähere Bestimmung auf das vernünftige Ermessen des Richters recurrirt wird. Schwerlich aber wird dem Richter gelingen, was GOLDSCHMIDT selbst nicht gelungen ist. Einige Beispiele, die er bringt, sollen die Grenze zwischen der beschränkten Haftung des diligens paterfamilias und der umfassenderen Haftung des zur Er-

1) GOLDSCHMIDT a. a. O. Bd. III S. 115.

2) ebenda.

greifung auch ausserordentlicher, durch die Umstände irgend indicirter Vorsichtsmassregeln verpflichteten Recipienten ergeben[1]). Aber gerade diese Beispiele zeigen, wie misslich es um den Steigerungsbegriff steht. Es bedarf nicht der Verpflichtung ex recepto, um den Schiffer, der in unbekannter Gegend oder an einem Orte, wo notorisch viel gefährliches Gesindel sich umhertreibt, ohne Noth anlegt oder doch nicht für besonders starke Bewachung seines Fahrzeuges sorgt, auch für gewaltsame Diebstähle vertretbar zu machen. Nicht anders ist es mit dem Wirthe, der an der Landstrasse oder gar im Walde keine Vorkehrungen getroffen hat, um nöthigen Falles dem Anfalle weniger Räuber widerstehen zu können. Jener Schiffer wie dieser Wirth sind in culpa. Ebenso wenig bedarf man der vis maior in den ebenfalls von GOLDSCHMIDT gesetzten Fällen: wenn bei einer Strandung die Berger stehlen, wenn sich gehörig verpackte Stoffe entzünden, deren gefährliche Beschaffenheit unbekannt war oder die unrichtig deklarirt waren, wenn im Wirthshause die Gasröhren platzen oder der Dritte, der einen Gast besucht, in einem abgelegenen Winkel des Hauses seine glimmende Cigarre fortwirft oder mit einem schnellzündenden Stoffe absichtlich Feuer anlegt; alle diese Ereignisse sind einfacher casus, und wer den Schiffer und den Wirth dafür nicht haften lässt, erklärt sie für frei, wenn casus vorliegt.

In einer anscheinend etwas modificirten Form erscheint die Ansicht GOLDSCHMIDTs in seiner zweiten Abhandlung[2]). Auch hier knüpft er an die gesetzlich zu prästirende, überdies aber noch durch besondere Uebereinkunft übernommene custodia an. Der Uebernehmer soll

1) GOLDSCHMIDT a. a. O. Bd. III S. 369 und S. 113, 114.

2) GOLDSCHMIDT a. a. O. Bd. XVI S. 326—329.

dann zwar nicht für alle Gefahr, aber doch für die Gefahr einstehen, »welche durch sorgsamste Obhut abgewendet bezw. in ihren nachtheiligen Folgen abgewendet werden kann oder nach dem erkennbaren Willen der Contrahenten für abwendbar gilt, d. h. so angesehen werden soll, als ob sie hätte abgewendet werden können. Wie daher einerseits ein solcher Custodient zur Anwendung aller auch aussergewöhnlichen Massregeln verbunden ist, welche unter den vorliegenden Umständen erforderlich und geeignet erscheinen, um Beschädigungen und Entwendungen des zu behütenden Guts vorzubeugen, so steht er auch für seine Gehilfen, ja unter Umständen für ganz fremde Personen schlechthin ein«. Auf der Subintellegirung einer solchen beschränkten Gefahrsübernahme soll auch die Haftung ex recepto beruhen und der Recipient über eigene culpa hinaus, insbesondere schlechthin für die an den Effecten bezw. der Ladung begangenen Schadenszufügungen und Entwendungen der eigenen Leute und Passagiere, nicht aber für jeden Zufall, haften. »Indem so kraft positiver Rechtsvorschrift gewisse Gefahren durch Anwendung ausserordentlicher Sorgfalt für schlechthin abwendbar, daher für vertretbar gelten, darf man diese Gefahrstragung dogmatisch auf eine Fiction der culpa zurückführen. Allein weder wissenschaftlich noch practisch scheint damit etwas gewonnen, dass man in diesen und ähnlichen Fällen wiederum von Verletzung einer über die diligentia patrisfamilias hinausliegenden diligentia exactissima spricht. Denn es wird nicht sowohl an den Schuldner ein höherer Dili genzmassstab angelegt, nach dessen Inhalt sich seine Verbindlichkeit bestimmt, sondern es wird ihm durch Vertrag oder Gesetz die Verantwortlichkeit für gewisse, an sich unvertretbare Ereignisse auferlegt, theils schlechthin, theils für den Fall, dass er nicht deren völlige Unabwendbarkeit

durch diejenigen Massregeln, welche unter den concreten Verhältnissen zur Abwendung solcher Gefahren nach verständigem Ermessen geboten erscheinen und zur Anwendung gelangt sind, darlegt. Anders ausgedrückt: der Umfang der Verbindlichkeit in solchen Ausnahmefällen bestimmt sich nicht nach einem abstracten Diligenzmassstabe etwa nach der Diligenz des allervorsichtigsten Menschen, sondern nach dem Inhalt des concreten Parteiwillens oder des Gesetzes, welche gewisse im gegebenen Falle wirklich oder präsumtiv unverschuldete, somit als Zufall zu erachtende Ereignisse in den Kreis der vertretbaren hineinziehen und so aus dem Gebiete des nicht vertretbaren Zufalls herausnehmen. Für diesen nicht vertretbaren Zufall werden dann in den Quellen die Ausdrücke vis maior, damnum fatale u. dgl. gebraucht. Aber eben darum, weil sich das Gebiet des nicht vertretbaren Zufalls nicht allgemein, sondern nur concret für das einzelne Rechtsinstitut oder gar Rechtsverhältniss abgrenzen lässt, giebt es auch keinen objectiven und überall gleichen Begriff der höheren Gewalt.«

Bei der Wichtigkeit der GOLDSCHMIDT'schen Auffassung habe ich seine Ausführungen möglichst vollständig wiedergegeben, zumal sie, wie mir scheint, deutlich zeigen, mit welchen Schwierigkeiten die Theorie zu kämpfen hat. Das Wesen der subjectiven Auffassung liegt in der Steigerung des Diligenzbegriffes, gleichzeitig aber auch ihr Kreuz. Das Bestreben, auf der einen Seite die Verpflichtung zu aussergewöhnlichen Massregeln und zu besonderer Obhut festzuhalten, auf der anderen Seite aber dabei zu bleiben, dass das Recht eine höhere Diligenz als die des bonus paterfamilias nicht kennt, ist desshalb nahegelegt. GOLDSCHMIDT will an den Schuldner keinen höheren Diligenzmassstab angelegt wissen, es soll nicht etwa die Diligenz

eines mehr als vorsichtigen oder des allervorsichtigsten Menschen sein, wonach sich der Umfang der Verbindlichkeit des Recipienten bestimmt. Auch bedarf man sicherlich des Diligenzmassstabes da nicht, wo es sich um unbedingte Haftung handelt, also bei der Haftung für die eigenen Leute und Passagiere. Wohl aber steht man wiederum bei der Diligenz in allen den Fällen, in denen gehaftet werden soll, wenn nicht die völlige Unabwendbarkeit durch diejenigen Massregeln dargelegt wird, welche unter den concreten Verhältnissen zur Abwendung solcher Gefahren nach verständigem Ermessen geboten erscheinen. Damit ist — man wird davon nicht loskommen — der Massstab in die Diligenz gelegt, und man hat nur die Wahl, Art und Umfang der durch das verständige Ermessen gebotenen Massregeln aus der Diligenz des bonus paterfamilias abzuleiten oder, falls die Anforderungen über diese Diligenz hinauszuliegen scheinen, zu dem diligentior oder diligentissimus Zuflucht zu nehmen. In Wahrheit ist freilich schon der bonus paterfamilias zu jenen Massregeln verpflichtet. Das Unterlassen derselben ist culpa, und die Theorie GOLDSCHMIDTs identificirt im Resultate casus und vis maior.

WINDSCHEID[1]) steht mit GOLDSCHMIDT im Wesentlichen auf demselben Boden, sucht aber die Aufgabe, die vis maior erst da beginnen zu lassen, wo die peinlichste Sorgfalt nicht mehr ausreicht, und doch keine über die Diligenz des bonus paterfamilias hinausgehende Diligenz zu fordern, in etwas abweichender Weise zu lösen. Er knüpft ebenfalls an die custodia an, die hier mehr sein soll, als blosse diligentia in custodiendo, nämlich eine »an und für sich über die Pflichten eines ordentlichen Mannes

1) WINDSCHEID, Pand. Bd. II § 384.

hinausgehende spezielle Beaufsichtigung und Bewachung.« Diese spezielle Beaufsichtigung und Bewachung wird dem Recipienten nicht zur Pflicht gemacht, er handelt also nicht pflichtwidrig, wenn er sie unterlässt, aber er unterlässt sie auf seine Gefahr. Vis maior ist der Unfall, der durch spezielle Beaufsichtigung und Bewachung nicht abgewendet werden kann. Scheinbar wird so allerdings eine Haftung sine culpa bis zur vis maior gewonnen. Wozu aber diese Abtrennung der diligentia in custodiendo, zu der man verpflichtet ist, von jener anderen custodia, zu der man nicht verpflichtet ist, deren Unterlassen man aber büsst? Der Recipient soll nach den Quellen custodia prästiren, d. h. die custodia des Recipienten. Läge also darin die spezielle Beaufsichtigung und Bewachung, so hätte er auch diese zu prästiren und würde, wenn er dies nicht thäte, pflichtwidrig handeln. Der Sache nach fordert auch WINDSCHEID von dem Recipienten eine unbestimmte und unbestimmbare Steigerung der Diligenz, allerdings in der speziellen Richtung der Beaufsichtigung und Bewachung.

Nach DERNBURG[1]) ist vis maior, »was die menschliche Vorsicht und Kraft übersteigt. Darunter ist zu verstehen, was an menschlicher Kraftentwicklung mit Recht gefordert wird. In der Regel genügt Vermeidung jeder culpa[2])«, regelmässig ist also vis maior nur eine andere Bezeichnung für casus. Bei den Gewerbsgeschäften des Wirthes und Schiffers dagegen soll mehr erfordert werden, nämlich die Veranstaltung das Publikum sichernder Einrichtungen. »Wer das Gewerbe eines Wirthes oder Frachtführers treibt, dem liegt mehr ob, als die Umsicht des

1) DERNBURG, Preuss. Privatr. Bd. II § 69, ferner in GRÜNHUTS Zeitschrift Bd. XI S. 335 ffg. und Pand. Bd. I § 1 Anmerkg. 4 und Bd. II § 39.

2) DERNBURG, Pand. Bd. II § 39 und bei GRÜNHUT Bd. XI S. 342.

ordentlichen Mannes; er soll dauernd die wirksamsten Einrichtungen und Veranstaltungen treffen, um diejenigen, welche mit ihm contrahiren, oder auch Dritte gegen Schaden zu sichern, falls er denselben voraussehen und ihm zweckmässiger Weise begegnen konnte. Wer dies versäumt hat, der haftet wegen der Unvollkommenheit seiner Veranstaltungen, wenn ihm auch im gegebenen Falle kein Vorwurf gemacht werden kann[1]«. »Was durch die umsichtigsten Schutzvorrichtungen nicht verhütet werden kann, also menschlicher Kraft und Vorsicht spottet, ist höhere Gewalt[2]«. Auf höhere Anforderungen an die Umsicht, Sorge und Thätigkeit des Recipienten kommt sonach auch DERNBURG hinaus. Wenn aber GOLDSCHMIDT von einer sorgsamsten Obhut, von aussergewöhnlichen Massregeln, von ausserordentlicher Sorgfalt, WINDSCHEID von spezieller Beaufsichtigung und Bewachung sprach, so soll es nach DERNBURG auf die sichernden Einrichtungen ankommen. Nun sollte man meinen, schon die Verpflichtung des ordentlichen Mannes, der ein Gewerbe betreibt, brächte es mit sich, Veranstaltungen gegen Schäden zu treffen, die er vernünftiger Weise voraussehen und denen er zweckmässiger Weise begegnen kann. Nach DERNBURG aber ist dies wenigstens nicht immer der Fall, und so gelangt auch er zu dem durch den Ausspruch ULPIANs gebotenen sine culpa teneri, falls jene Einrichtungen unterblieben sind. Aber um welchen Preis!

EXNER hatte gegen ihn eingewendet, dass schon jeder conductor operis wegen culpa verantwortlich sei, wenn er in Ermangelung der für sein Gewerbe geforderten Einrichtungen die Sachen seines Kunden einen Schaden hätte

1) DERNBURG, Preuss. Privatr. a. a. O. und bei GRÜNHUT Bd. XI S. 342.

2) DERNBURG, Pand. Bd. II a. a. O.

nehmen lassen, den er vernünftiger Weise hätte voraussehen und zweckmässiger Weise hätte vermeiden können. Man dürfe dann nicht sagen, dass ihm im gegebenen Falle kein Vorwurf gemacht werden könne, er sei eben auf diesen Fall nicht so gerüstet gewesen, wie andere tüchtige Männer seines Faches gerüstet zu sein pflegten. Wolle man hier die culpa verneinen und etwa casus oder sogar höhere Gewalt annehmen, so müsste man den Uhrmacher und Arzt, die nur für culpa hafteten, für ersatzfrei erklären, wenn jener eine Uhr mit abgenützten schlechten Werkzeugen verdürbe, oder dieser einen Körper durch eine mit unzulänglichen Instrumenten ausgeführte Operation beschädigt habe, vorausgesetzt nur, dass erhelle, es habe mit diesen Hilfsmitteln, wie sie waren, im gegebenen Falle nichts Besseres geleistet werden können[1]). Dernburg giebt dem gegenüber zu[2]), dass in dem Operiren mit mangelhaften Werkzeugen eine culpa liegen könne und in den Exner'schen Beispielen auch liege, aber er verneint, dass diese culpa bei mangelhaften Veranstaltungen im Gewerbebetriebe stets angenommen werden könne und müsse. Er verweist auf das Steglitzer Eisenbahnunglück, bei welchem bekanntlich, wesentlich in Folge zu beschränkter Bahnhofsanlagen, auf den Geleisen befindliche Menschen durch einen durchfahrenden Zug getödtet resp. beschädigt wurden und wirft die Frage auf, ob ein Richter eine Klage für gehörig substanziirt erachten würde, die sich darauf stützte, dass eine Verschuldung der Bahnverwaltung gegenüber den Beschädigten desshalb vorgelegen habe, weil dieselbe einen dem Bedürfnisse des Verkehres genügenden Bahnhof nicht hergestellt hätte. Die

1) Exner a. a. O. S. 28, 29 (des Spezialabdruckes).
2) Dernburg a. a. O. bei Grünhut S. 343, 344.

Frage wird von ihm verneint, weil der einzelne Passagier aus seinem Contracte nicht den Anspruch herleiten könne, dass für ihn ein grossartiger Bau errichtet sei. Gleichwohl könne sich die Bahnhofsverwaltung nicht auf höhere Gewalt berufen, denn sie müsse ihre Bahnhöfe so einrichten, dass das Publikum thunlichst sicher gestellt sei. Ebenso werde man aus dem Vertrage des Reisenden mit dem Wirthe schwerlich folgern können, dass der Wirth eine derartige Aufsicht in seinem Hause einzurichten habe, dass Diebstähle oder Schadenszufügungen auch durch Reisende darin nicht vorkämen.

Aber was heisst es, dass es sich bei den Beispielen EXNERs freilich um culpa handele, dass aber bei mangelhaften Veranstaltungen culpa nicht immer vorläge? Wo liegen die Merkmale, um derentwillen das eine Mal culpa vorhanden ist, das andere Mal nicht? Müsste sich die Bahnverwaltung sagen, dass ihre Einrichtungen geeignet seien, ein solches Unglück, wie es auf dem Bahnhofe zu Steglitz geschah, möglich zu machen, und konnte sie andere Einrichtungen treffen, hat dies aber nicht gethan, so war sie ohne Zweifel in culpa. Der Gedanke, dass, wo nicht die gesteigerte Haftung vorgeschrieben sei, die Verpflichtung des Gewerbeunternehmers dem einzelnen Contrahenten gegenüber sich auf das beschränke, was etwa der Höhe der von diesem zu leistenden Zahlung entspräche, würde geradezu zu einer Auflösung des ganzen Gewerberechtes führen, und nicht bloss des eigentlichen Gewerberechtes. Der Umfang der Verpflichtungen eines Schuldners bestimmt sich nach der Natur der Obligation, in der er steht. Der Wirth, der Schiffer, der Arzt. nicht weniger aber der gemeine Tagelöhner müssen jedem Einzelnen, der ihre Dienste in Anspruch nimmt, das leisten, was ein sorgfältiger Wirth, Schiffer, Arzt oder Tagelöhner

zu leisten hat. Auch dem letzteren werden die Kraft und das Geschick, das er sich erworben hat, das Handwerkzeug, das er mitbringt, nicht von dem einzelnen Contrahenten abgegolten. Mit Recht sagt HÖLDER[1]), dass der Gewerbsmann, was er dem Publikum schuldet, jedem Einzelnen schuldet, der in Sachen seines Gewerbes mit ihm verkehrt. Und wie stand es in Rom mit dem Frachtfuhrmann, der doch der strengeren Haftung nicht unterlag, und dem gegenüber der einzelne Kunde auch nicht die in das Fuhrunternehmen gesteckten Aufwendungen erstattete?

Ohne Zweifel hebt HÖLDER auch weiter mit Recht hervor, dass die Haftung des Wirthes, wenn sie auf die Unterlassung sichernder Vorkehrungen zurückzuführen wäre, da ausgeschlossen sein müsste, wo auf diese Vorkehrungen nicht gerechnet werden konnte, weil sie nicht thunlich oder nicht üblich waren; und das von ihm gebrachte Beispiel des Reisenden, der mit einem anderen Reisenden das Zimmer theilen muss, weil ein freies nicht mehr vorhanden ist, und nun von diesem bestohlen wird, ist sicherlich zutreffend. Zur Klarstellung seiner Ansicht beruft sich DERNBURG auf den § 120 der Reichsgewerbeordnung, wonach die Gewerbeunternehmer verpflichtet sind, alle diejenigen Einrichtungen herzustellen und zu unterhalten, welche mit Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit des Gewerbetriebes und der Betriebsstätte zu thunlichster Sicherheit ihrer Arbeiter gegen Gefahr für Leben und Gesundheit nothwendig sind. Von der Auffassung EXNERs aus, meint er, müsse man diese Bestimmung der Gewerbeordnung, soweit sie eine privatrechtliche Verpflichtung feststellt, für überflüssig halten. Aber vom blossen Stand-

1) HÖLDER in der krit. Vierteljahrsschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtswissensch. N. F. Bd. VII S. 537.

puncte des Contractes mit dem einzelnen Arbeiter aus könne man diesem kein Anrecht geben, für seine Handarbeit, die vielleicht mit Hunderten von Mark des Jahres genugsam vergütet sei, Einrichtungen zu fordern, die Zehntausende und mehr kosten könnten. Und doch hat der Arbeiter das Anrecht auch ohne den § 120 der Reichsgewerbeordnung. Derselbe schafft kein neues Recht, der Arbeiter kann die sichernden Einrichtungen schon aus seinem Dienstvertrage beanspruchen, wie dies auch vom Reichsgericht in wiederholten Entscheidungen angenommen ist[1]). —

Trotz ihrer Schwächen herrscht die subjective Theorie zur Zeit in Wissenschaft und Praxis und auch von den Schriftstellern, welche die vis maior in neuester Zeit zum Gegenstande besonderer Monographien gemacht haben, haben sich HUBER[2]) und STUCKI[3]) derselben angeschlossen.

1) cf. Urtheil vom 30. März 1881 — Annalen Bd. III S. 516 —. Dort heisst es, dass mit dem § 120 kein neues Princip eingeführt sei, vielmehr sei auch abgesehen von dieser Bestimmung der Arbeitgeber nach Civilrecht — es handelte sich um einen Fall aus dem Gebiete des gemeinen Rechtes — aus dem Vertrage verpflichtet, die Arbeiter gegen Gefahren für Leben und Gesundheit durch ordnungsmässige Herstellung und Unterhaltung derjenigen Räume, in denen er dieselben beschäftigt, thunlichst zu sichern. cf. ferner die Urtheile vom 9. Januar 1885 — Urtheile und Annalen Bd. I S. 300 — und vom 14. April 1885 — ebenda Bd. II S. 12 —. Dort wird ausgesprochen, dass die Verpflichtung des Gewerbeunternehmers, die für die Sicherheit von Gesundheit und Leben der Arbeiter erforderlichen Einrichtungen und Vorkehrungen zu treffen, bereits aus den gemeinrechtlichen Grundsätzen über die Dienstmiethe folge und durch § 120 R.G.O. ausdrücklich anerkannt sei, hier, dass der Unternehmer seine Arbeiter eine gefährliche Verrichtung nicht eher angreifen lassen dürfe, als bis er alles gethan habe, was zur Beseitigung der Gefahr thunlich sei; dieser in Betreff der Schutzvorrichtungen in § 120 R.G.O. ausdrücklich ausgesprochene Grundsatz sei ein Ausfluss der dem Dienstherrn aus dem Dienstcontracte allgemein obliegenden Haftung für volle Diligenz.

2) HUBER, Zum Begriffe der höheren Gewalt (vis maior). Inaug.-Dissert.

3) STUCKI, Über den Begriff der höheren Gewalt. Inaug.-Dissert.

HUBER tadelt an GOLDSCHMIDT, dass er vis maior und casus identifizire, verlangt vom Recipienten eine erhöhte Diligenz und macht ihn für culpa levissima verantwortlich. STUCKI verwirft zwar die culpa levissima, hält aber daneben im Sinne von BARON den diligentissimus für möglich. Die diligentia diligentissimi soll das einzige Kriterium für den Begriff der höheren Gewalt sein. Ein derartiger ausserordentlicher Massstab sei zulässig, der diligens habe ein gewisses Mass von Fleiss, der diligentissimus das äusserste Mass aufzuwenden. Nur die Identifizirung des diligens mit dem diligentissimus verschulde es, dass man als Kriterium der höheren Gewalt eine objective Unabwendbarkeit aufgestellt habe, die dem Wesen des Begriffes widerspräche, und bei der man immer wieder auf die subjective Unabwendbarkeit zurückkomme. »Höhere Gewalt« — sagt STUCKI — »ist der unabwendbare Zufall und dieser letztere wird desshalb als höhere Gewalt bezeichnet, weil er in der Regel eine Gewalt in sich schliesst, die die Kräfte des Betroffenen übersteigt, die er also aus diesem Grunde nicht abzuwenden vermag[1])«.

1) STUCKI a. a. O. S. 50.

§ 9.

Die vis maior in der neueren Rechtswissenschaft. (Objective Theorie.)

War der subjectiven Theorie die schwierige Aufgabe gestellt, die strengeren Anforderungen an den Verpflichteten, von denen sie den Begriff der vis maior abhängig macht, in einer zureichenden Weise zu bestimmen, so handelt es sich bei der objectiven Auffassung um die nicht minder schwere Aufgabe, aus den Ereignissen selbst diejenigen auszusondern, die nach ihrem objectiven Befunde den Charakter der vis maior an sich tragen. Bis zu EXNER ist desshalb auch kaum ein eingehenderer Versuch gemacht, für die Erkenntniss der Merkmale, nach denen man die Ereignisse ihrer Art nach in die eine oder andere Classe verweist, ein Princip zu finden.

WEIS[1]), indem er sich dagegen verwahrt[2]), dass das damnum fatale als Gegensatz eine culpa irgend welchen Grades voraussetze, verwirft damit die Anwendung des Diligenzmassstabes und gehört also zu den Anhängern der objectiven Auffassung. Für die nähere Bestimmung der unter den Begriff der vis maior fallenden Ereignisse fehlt aber jeder Anhalt, ja die Gegensätze selbst sind noch völlig ungeklärt. Die im Principe unbeschränkte Verantwortlichkeit des Recipienten soll nach WEIS da aufhören, wo im Principe eine menschliche Verantwortung

1) WEIS, Bemerkungen zu dem receptum der Wirthe. Im Arch. f. pract. Rechtswissensch. N. F. Bd. V. S. 280 ffg. u. S. 337 ffg.

2) WEIS a. a. O. S. 364.

überhaupt aufhört. Wo dies der Fall ist, soll vis maior vorliegen. Wo aber hört diese menschliche Verantwortung im Principe auf? »Was ein klagbares damnum ausschliesst«, sagt WEIS[1]), »das sind beschädigende, zerstörende Naturereignisse, quae vim habent divinam, und was dem gleichstehend zu betrachten ist: cui nullo ope (also nicht cui nulla diligentia) occurri potest, wohin dann nothwendig auch menschliche Gewalt fällt, welcher unter den Umständen, unter welchen sie erfolgt, keine hinreichende Macht entgegengesetzt werden kann.« Nach WÄCHTER[2]) sollen die Recipienten ohne alle Rücksicht auf ihre Schuld für jeden Schaden an den recipirten Sachen aufkommen, es sei denn, sie könnten beweisen, »dass der Schaden durch einen ganz unabwendbaren, mit unwiderstehlicher Gewalt wirkenden Zufall (vis maior) wie Blitz, Schiffbruch u. dergl. oder durch Schuld des Reisenden oder der Leute desselben sich ereignet habe.« BARON[3]) verweist wegen des Begriffes der vis maior auf GOLDSCHMIDT und WINDSCHEID, es könnte scheinen, als wollte er sich denselben anschliessen. Aber seine diligentia exactissima ist im Grunde keine Diligenz mehr, die Haftung dafür schlägt in Haftung für casus um, wird also zur unbedingten Haftung. Was dann als vis maior wieder befreit, bleibt unerörtert. Nach PERNICE[4]) beruht die Verpflichtung des Recipienten auf seinem Treuworte (fides), die von dem Recipienten zu prästirende custodia wurde niemals auf Diligenz zurückgeführt. Der Gegenbeweis könnte sich nur darauf richten, dass gewisse unabwendbare Ereignisse den Schaden herbeigeführt hatten. Indem PERNICE die

1) WEIS a. a. O. S. 368.
2) WÄCHTER, Pand. Bd. II § 200 S. 446 Beilage 1.
3) BARON a. a. O. S. 53 Anmerkg. 15.
4) PERNICE a. a. O. Bd. II S. 345 ffg.

Unabwendbarkeit als etwas den Ereignissen, zunächst den Naturereignissen, sodann bei den casus, quibus humana infirmitas resistere non potest, den Ereignissen von Menschenhand selbst Beiwohnendes nimmt, vermisst er doch die Angabe von objectiven Merkmalen für die Unfälle, für welche zu haften oder nicht zu haften ist. BRINZ[1]) spricht von der vis maior ebenfalls nur gelegentlich der Untersuchung des custodia-Begriffes[2]). Die vis maior umfasst die Unfälle, gegen welche überhaupt keine custodia denkbar sei z. B. Erdrisse und Blitz, sowie die Unfälle, gegen welche eine custodia nicht durchführbar sei, wenn man nicht von jedem Unternehmen z. B. der Seefahrt abstehen wolle oder ausserordentliche Mittel, also etwa eine Schutzwache gegen Einbruch, zur Verfügung habe. Die vis maior sei casus, aber desshalb sei nicht nothwendig jeder casus vis maior. Es müsse zwischen den Unfällen, gegen die man regelmässig nicht aufkomme, und solchen Unfällen unterschieden werden, gegen die man nur ausnahmsweise nicht aufkomme. Das objective Kriterium für die vis maior liegt somit nach BRINZ in der regelmässigen Unabwendbarkeit. Auch bei dem receptum möge sich, wie BRINZ sagt, die Haftung tiefer in den casus hinein erstreckt haben als GOLDSCHMIDT meine.

Dass EXNER von diesen unbestimmten Resultaten auch der objectiven Auffassung der vis maior nicht befriedigt sein konnte, kann nicht befremden. Indem er von der subjectiven Theorie bemerkt, dass sie theoretisch nahezu völlig, practisch genommen aber ganz und gar auf die gewöhnliche Haftung des Frachtführers ex locato hinauslaufe, wirft er der objectiven Theorie in ihrer bisherigen

1) BRINZ a. a. O. Bd. II § 68 flg.
2) cf. oben § 7 S. 97, 98.

Gestalt vor, dass es ihr an einer principiellen Begründung für die Zufallshaftung des Recipienten fehle, und dass sie desshalb nicht zu zureichenden objectiven Merkmalen für die Unterscheidung zwischen den nach der Regel vertretbaren und den nach der Ausnahme nicht vertretbaren Unfällen gelangt sei.

Im Wesentlichen geht EXNER's Gedankengang dahin: Um die Ausnahme, also die Bedeutung der vis maior, zu verstehen, muss das der Regel, also der unbedingten Haftung, zum Grunde liegende Princip gefunden werden. Das beste Recht scheitert häufig an den Beweisschwierigkeiten und zwar nicht bloss an der Schwierigkeit, die Beweismittel herbeizuschaffen, sondern namentlich auch an der Nichtkenntniss der entscheidenden Thatsachen. Ein geschlossener Miethswagen wird umgeworfen, der Koffer des darin sitzenden Fahrgastes zerbrochen; der auf Ersatz belangte Kutscher wendet ein, dass eine aus einer Seitengasse kommende und ihm desshalb nicht sichtbar gewordene Militärcolonne plötzlich mit Trommelwirbel in die Strasse eingeschwenkt sei, in Folge dessen hätten die Pferde gescheut und den Wagen umgeworfen; der Richter weist wegen Zufalles ab: aber es war nur ein Theil der Wahrheit und nur der dem Beklagten günstige Theil bekannt, vielleicht hatte der Kutscher nicht auf seine Pferde geachtet, vielleicht war die Deichsel schlecht befestigt; hätte der Fahrgast dies gewusst, so würde er ein anderes Urtheil erreicht haben. Gegen solche unvermeidlichen Uebelstände kann der Gesetzgeber wenigstens bei solchen Falltypen helfen, »deren thatsächlicher Inhalt es sozusagen kraft Naturnothwendigkeit mit sich bringt, dass jenes Missverhältniss in der Lage beider Parteien gegenüber dem relevanten Thatsachenmaterial stets wiederkehren muss, und zwar stets zu Gunsten des Beschädigers, also zu

Lasten des Geschädigten.« Und um solche Falltypen handelt es sich bei den Gewerbsunternehmungen des Schiffers und Wirthes. »Wie soll der Reisende, der des Abends bei der Ankunft seinen Koffer einem Hausknechte übergeben und ihn anderen Tages bei der Weiterreise zerschlagen oder durchnässt wiederbekommen hat, durch das Labyrinth der Hôtelmaschine hindurch dem Thäter und den Thatsachen nachgehen?« »Vollends aber hat der heutige Fracht- wie Personenverkehr durch das Institut der Eisenbahnen eine Ausbildung erfahren, der zu Folge ein in seinem Ineinandergreifen für den Aussenstehenden völlig unübersehbares Getriebe von menschlichen und sachlichen Kräften die einzelne Transportleistung und so auch die etwaige Verletzung producirt. Ueberall würde der einzelne beschädigte Contrahent, wollte er die Thatsachenreihe aufdecken und verfolgen, die schliesslich in die Beschädigung auslief, bei den allermeisten wirklichen Fällen wie vor einer Mauer stehen, ausser Stande in das Dickicht der verschlungenen Causalitätsbeziehungen einzudringen und den Weg zu beleuchten, der so oft von einem kleinen, sei es verschuldeten oder unverschuldeten, Umstand aus durch hundert Mittelglieder zum schädigenden Unfall führt.«

Die Abhilfe besteht in der actio ex recepto. Weil das Beweismaterial für den Beschädigten regelmässig unzugänglich, und »es würdiger und gerechter ist, dass der Richter über die Schuldfrage gar nicht urtheilt, als dass er auf einseitige Vorlagen hin urtheilen muss«, wird die absolute Haftung des Unternehmers vorgeschrieben, die Schuldfrage also überhaupt eliminirt. Diese absolute Haftung ist aber nicht Selbstzweck, sie soll nur den Schuldigen immer und sicher treffen, nicht aber zur offenbaren Unbilligkeit gegen den Unschuldigen werden. Wo, wie bei

dem Untergange von Schiff und Ladung durch überwältigenden Seesturm, der Gedanke der Fahrlässigkeit ausgeschlossen ist, weil der Schiffer und seine Mannschaften schon der eigenen Rettung halber das Mögliche gethan haben werden, da »hat es keinen Sinn, die Schuldfrage aufzuwerfen, geschweige denn, sie unbesehens zu bejahen.« Hier griff LABEO ein, »indem er den Prätoren seiner Zeit den Rath gab, solchenfalls, und ebenso bei Vergewaltigung des Schiffes durch Piratenhände, den beklagten Schiffer mittels einer besonderen in factum abgefassten exceptio von der Haftung ex recepto ausnahmsweise frei zu stellen.« In anderen ähnlichen Fällen, die sie als damna fatalia, vis maior bezeichneten, gaben spätere Juristen die gleiche Anweisung. Der zum Grunde liegende Rechtsgedanke wurde aber von der römischen Jurisprudenz nicht abstract formulirt, die Gestaltung desselben zum geformten Rechtsbegriffe ist unsere Aufgabe. Da nun die Regel aufgestellt ist, »um im Interesse des Verkehrs einen regelmässig auftretenden Beweisnothstand durch Eliminirung der Schuldfrage zu beseitigen, und zwar durchaus zu Lasten des Recipienten, weil im Allgemeinen die Wahrscheinlichkeit gegen ihn und die Wahrheit nicht (mit genügender Sicherheit) feststellbar ist, — so kann der Raum für vernünftige Ausnahmen nur dort sein, wo es nach der Gestaltung des Falles ausnahmsweise keinen Beweisnothstand giebt, und zugleich alle Wahrscheinlichkeit zu Gunsten des Beklagten steht, d. i. wo der casuelle Character des Unfalles prima facie evident ist. Demnach wäre der bei Ertheilung der exceptio jeweils massgebende Gedanke der gewesen: der vom Beklagten behauptete Unfall ist seiner Art nach so beschaffen, dass er, seinen wirklichen Eintritt als bewiesen vorausgesetzt, die Entlastung vom Schuldverdacht schon in sich selber trägt, und über seine Existenz

oder Nichtexistenz können Beweisschwierigkeiten nicht auftauchen, da das Behauptete ein grosses greifbares offenes Ereigniss ist, das sich ebenso wenig fingiren als vertuschen lässt.« »Liquidität des Sachverhaltes zu Gunsten des Recipienten ist also das Princip der auf höhere Gewalt sich stützenden Einrede.« Dies Princip steht im Einklange mit dem Principe der Hauptnorm. Auch ob die Ausnahme Platz greift, bestimmt sich nicht nach dem Schuldmomente, sondern nach den äusseren Merkmalen des Thatbestandes, auch die Ausnahmefälle sind »so geartet, dass ihr erwiesener Eintritt — wieder zunächst ohne Untersuchung der Schuldfrage und des Herganges im Einzelnen — prima facie die Befreiung von der Ersatzpflicht zur Folge haben soll.«

Aus dem so für die Ausnahme der vis maior gewonnenen Principe leitet dann EXNER die beiden besonderen Kriterien her, die den sich als vis maior characterisirenden Ausnahmeunfällen beiwohnen sollen. Das erste Kriterium ist das der äusseren Provenienz. Der Unfall muss von aussen kommen. Aber diese Herkunft von aussen steht nicht etwa im Gegensatze zu dem inneren Verderb, sondern im Gegensatze zu allen Betriebsunfällen im weitesten Sinne, worunter alle Unfälle verstanden werden, »die ihren Ursprung und Verlauf innerhalb des Betriebskreises der mit der Obhut über das Gut betrauten Unternehmung gewonnen haben.« Der Betriebskreis fällt aber wiederum zusammen »mit dem Umkreis der Betriebsmittel des Recipienten im weitesten Sinne, also aller Räume und Gegenstände, welche zur Bewältigung der Aufgaben dieses gewerblichen Unternehmens mit Einschluss der etwa herangezogenen Subunternehmungen thatsächlich in Verwendung stehen.« Dahin gehören alle Maschinen und Arbeitsthiere, aber auch, so lange es in Function

steht, das gesammte Betriebspersonal. Denn, wenn die behauptete Ursache des Unfalles innerhalb des Getriebes der beklagten Unternehmung selbst entsprungen ist, dann liegt eben der »Beweisnothstand wegen Unzugänglichkeit des Thatbestandes und damit die ratio für die Anwendung der Hauptnorm de recepto, nicht aber für die Ausnahme« vor. Die Unfälle haben einen illiquiden Sachverhalt. Es ist also namentlich niemals vis maior, wenn das Feuer im Magazine entstanden ist, wenn das Gut des Klägers ohne Verschulden des Frachtführers durch recipirte Güter Dritter verdorben, auch nicht, wenn die Schiffsladung durch die Explosion einer unter falscher Declaration aufgegebenen Thomasuhr vernichtet wird. Ebensowenig wie die Eisenbahngesellschaft mit dem Beweis zugelassen würde, der gebrochene Hebel oder der gesprungene Kessel sei nach den Regeln der Technik geprüft und approbirt, der Bruch der Locomotive sei nur durch einen verborgenen und ganz unvermeidlichen inneren Fehler der Locomotive erklärbar, ebensowenig kann der Beweis eines plötzlichen und unverschuldeten Uebelbefindens ihres Weichenstellers die Beklagte von der Ersatzpflicht befreien oder die Beklagte mit der Behauptung gehört werden, der Locomotivführer sei mitten in der Arbeit vom Schlagflusse getödtet und die steuerlose Maschine habe den Zug in den Abgrund gerissen.

Die Eigenschaft eines Ereignisses als eines von aussen kommenden allein aber beseitigt das »durch das ungleiche Verhältniss der Parteien zum Thatsachenmaterial« im Allgemeinen gerechtfertigte Misstrauen nicht und zwar weder das Misstrauen gegen die Wahrheit der vorgeblichen Schadensursachen noch das Misstrauen gegen die Unabwendbarkeit derselben in concreto. »Wenn der Schiffer den Abgang oder Verderb der Waaren damit erklären will: dieselben

seien im Hafen X, wo er anlegen musste, durch einen Nachts eingeschlichenen Fremden trotz sorgfältiger Bewachung gestohlen, geraubt, oder sie seien bei Gelegenheit eines unverschuldeten Zusammenstosses mit einem anderen Fahrzeuge zerquetscht; wenn die Eisenbahnverwaltung die Beschädigung damit begründen will: es habe unterwegs vom Felde her ein Jäger nach dem Zuge geschossen und den betreffenden Lastwagen getroffen, — oder es sei die Zugentgleisung durch ein auf den Schienen liegendes Stück Vieh, ein Rudel trunkener Bauerbursche, die den Wechsel verstellten, u. s. w. in unabwendbarer Weise herbeigeführt worden, — so bleibt all' dem gegenüber zwar ein Gegenbeweis in aller Regel aussichtslos, aber um so gewisser das Gefühl der nicht völligen Klarheit der Sache und das Misstrauen nach beiden obigen Richtungen hin aufrecht.« Wenn dagegen der Schiffer für den Brand des Schiffes und den Untergang der Waaren sich auf das Bombardement durch die englische Kriegsflotte, der Bahnfrächter für eine plötzliche Erdabrutschung vom Bahnkörper und dadurch herbeigeführte Entgleisung auf ein Erdbeben, das damals viele Verwüstungen in der betreffenden Gegend anrichtete, u. s. w. sich berufen kann, so soll durch die Offenkundigkeit eines derartigen Ereignisses seine Wahrheit und durch die überwältigende Wucht seines Auftretens seine Unabwendbarkeit in concreto »mit einem so hohen Grade von Wahrscheinlichkeit verbürgt werden, dass einer solchen Wahrscheinlichkeit gegenüber die legislativen Bedenken gegen die Zulässigkeit des auf Zufall gerichteten Entlastungsbeweises schwinden.« »Das Grosse ist offenkundig, weil es weithin und von vielen wahrgenommen wird; das Grosse pflegt aber auch das Unverschuldete zu sein, weil

Menschenwitz und Menschenkraft natürliche und wirthschaftliche Schranken haben.«

In der Offenkundigkeit und Grösse des Ereignisses liegt nach EXNER das zweite Kriterium der vis maior. Das Grössenmass darf aber nicht aus dem Verhältnisse zwischen dem Ereignisse und der Widerstandskraft des Betroffenen, selbst unter der Annahme der höchsten Diligenz desselben, entnommen werden, es muss alle Zufälle ausscheiden, die ihrer Natur nach dem Verdachte der Vertuschung ausgesetzt sind, es kann nur von »der Vergleichung des eingetretenen Ereignisses, nicht mit anderen Elementen dieses speziellen Falles, sondern mit ausserhalb der diesmaligen concreten Vorgänge gelegenen objectiven Grössen« hergenommen werden. Dabei bietet sich »als das Bestimmende die Unterscheidung zwischen solchen misslichen Zufällen dar, welche im regelmässigen Verlaufe des Lebens und Verkehrs in dieser oder jener Gestalt immer wieder vorzukommen pflegen, und solchen, welche als etwas ganz Ausserordentliches erscheinen, weil sie den Rahmen des Gewohnten augenscheinlich und mächtig überschreiten.« Diese Unterscheidung ist nach EXNERs Ansicht jedem Geschäftsmanne geläufig und jedem Richter unentbehrlich, soll auch, ganz abgesehen von dem receptum, bei dem Pachtverhältnisse in der vis maior, quae non debet conductori damnosa esse[1]), zur Geltung kommen. »Das Ausserordentliche zieht die Augen der Menschen auf sich; weil es den gewohnten Lauf der menschlichen Vorkommnisse mit weithin sichtbarem Griff unterbricht, erregt es auch in dem nicht unmittelbar Getroffenen Theilnahme und Furcht.« Es kann desshalb nicht wohl erfunden oder wesentlich entstellt werden. Gleichzeitig ist

1) cf. oben S. 27.

es auch das prima facie Unabwendbare, weil das vernünftige Mass der Vorsicht und der Vorkehrungen gegen schadenbringende Entwickelungen von aussen »auf dem aus den normalen Erscheinungen des Lebens gebildeten Niederschlag von practischer Erfahrung« beruht. Jeder weiss, »dass die Erweichung von Strassen durch sommerliche Gewitter, dass Schneeverwehungen und Stromeis im Winter, Anschwellung von Bächen und Austritt von Flüssen im Frühjahr ganz gewöhnliche Ereignisse sind; ebenso Diebstähle, Einbrüche und gemeine Räubereien, wie solche zeitweilig vorkommen, nicht minder auch unbedachte, muthwillige oder sinnlose Beschädigungen fremden Eigenthums durch die verschiedenen Eingriffe Dritter (Verbrecher, Wahnsinnige, Trunkene, Kinder, Thiere), welchen jede Unternehmung mit ihrem sachlichen Apparate im natürlichen Laufe der Dinge unterworfen ist.« Alles das ist niemals höhere Gewalt. Anders ist es mit plötzlichen Bergstürzen oder Erdbeben, mit Wirbelwinden und Wasserhosen zur See, unerhörten Ueberschwemmungen zu Lande, wie sie nur durch das Zusammenwirken ganz ausserordentlicher elementarer Ursachen von Zeit zu Zeit einmal vorkommen, mit Stürmen, die zur See das Schiff in den Grund bohren, oder zu Lande den Dampfzug vom Bahndamme wehen u. s. w. Solche Ereignisse sind höhere Gewalt.

Auch das zweite Kriterium der vis maior ist nach EXNER äusserlich und objektiv. Es soll weder auf die Unabwendbarkeit im concreten Falle noch auf die regelmässige Unabwendbarkeit für Unternehmungen der vorliegenden Gattung ankommen, die Unabwendbarkeit überhaupt nicht zum Wesen der vis maior gehören und, wenn auch eine zwar regelmässige, doch keine nothwendige Folge der dieselbe bestimmenden Eigenschaften sein.

Da die vis maior sonach im concreten Falle abwendbar sein kann, so kann der Verpflichtete, obschon ihm vis maior zur Seite steht, dennoch in culpa und demgemäss haftbar sein; aber diese Haftung ist nicht mehr die Haftung aus dem Edicte, sondern nur die »regelrechte Haftung aus dem Contract nach dem ius commune der locatio conductio.« Das Verhältnis stellt sich dahin: Kann sich der Schuldner nicht auf vis maior berufen, so ist er immer verhaftet und wird mit dem Beweise seiner Nichtschuld nicht gehört, liegt dagegen vis maior vor, so kommt es auf die Schuldfrage an. Regelmässig wird freilich in Folge der Eigenschaften, die das Wesen der vis maior ausmachen, auch die Nichtschuld sich ohne Weiteres ergeben. Insofern ist der Schuldner, der vis maior für sich hat, prima facie frei. Bringt aber der Kläger Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer Schuld bei, so wird der Beklagte dieselben zu entkräften haben oder trotz der vis maior wegen culpa zum Ersatze zu verurtheilen sein.

Das Ergebniss seiner Untersuchung fasst EXNER dahin zusnmmen:

»Höhere Gewalt im Sinne der hier in Betracht genommenen Rechtsnormen ist ein Ereigniss, welches: 1. ausserhalb des Betriebskreises der betreffenden Verkehrs-Unternehmung entsprungen, durch Hereinwirken in diesen Betriebskreis einen Schaden an Leib oder Gut verursacht hat, und welches 2. vermöge der Art und Wucht seines Auftretens die im ordentlichen Laufe des Lebens zu gewärtigenden Zufälle augenscheinlich übersteigt.«

Soweit die Ansicht EXNERs, an der niemand die geistvolle und scharfsinnige Begründung und Durchführung verkennen wird. — Aber, angenommen einmal, die Verlegung des Wesens der vis maior in die äusseren Eigen-

schaften gewisser Ereignisse entspräche der Vorstellungsweise der römischen Juristen, führt denn, selbst unter dieser Voraussetzung, der Anhalt, den die Quellen bieten, zu den Kriterien EXNERs?

Dass in l. 3 § 1 D. naut. 4,9 von damnum fatale und vis maior schlechtweg von demselben Juristen gesprochen wird, der an anderen Stellen diese Ausdrücke für casus nimmt, ja damnum fatale als casus erklärt, und dass auch andere römische Juristen, bei anderen Rechtsverhältnissen, Commodat, Pfandkontract u. s. w., den casus mit vis maior oder damnum fatale bezeichnen[1]), gehörte oben zu den Bedenken auch gegen die Unterscheidung von casus und vis maior bei dem receptum. Dies Bedenken gewinnt an Gewicht, je mehr sich die Differenz zwischen beiden Begriffen erweitert. Derselbe Ausdruck würde einmal den gemeinen alltäglichen Zufall, das andere Mal ein seltenstes Vorkommen, ja überhaupt nicht mehr casus bedeuten. Als Beispiele der vis maior bei dem receptum geben die Quellen naufragium und vis piratarum. In keinem dieser beiden Ereignisse liegt an sich das EXNERsche Ausserordentliche, das den gewohnten Lauf der menschlichen Vorkommnisse mit weithin sichtbarem Griffe unterbricht. Zum Schiffbruche bedarf es nicht immer eines Orkans, auch die mangelhafte Kenntniss des Schiffers von Klippen und Untiefen und tausend andere Gründe genügen dafür. Mit der Möglichkeit des Schiffbruches muss jeder Schiffer rechnen, der Schiffbruch ist ganz eigentlich die Gefahr, die der Betrieb der Schifffahrt stets mit sich bringt. Und was die Piratengewalt betrifft,

1) Dies nimmt auch EXNER an; die strenge Haftung bis zur vis maior in seinem Sinne soll ja eben nur bei gewissen gewerblichen Unternehmungen, vornehmlich bei dem Gewerbe des Schiffers und Wirthes, stattfinden.

so war jedenfalls ein grosser Theil der von den Römern befahrenen Meere auch in der Kaiserzeit nicht so gesichert, dass Angriffe und Ueberwältigungen durch Piraten zu den so gar ungewöhnlichen, von der Berechnung seitens der Rheder und Reisenden ausgeschlossenen Dingen gehört hätten. Zur vis piratarum bedurfte es auch nicht des Angriffs von ganzen Piratengeschwadern, wie sie freilich auf jenen Meeren auch vorkamen, und die Gefahr, welche von einzelnen Piratenfahrzeugen drohte, war nicht einmal regelmässig unabwendbar[1]). Freilich sagt EXNER[2]), dass unsere Lebens- und Verkehrsverhältnisse im Allgemeinen der Art sind, dass man zwar mit der Existenz eigenthumsgefährlicher Individuen und Consortien zu rechnen hat, das überwältigende Auftreten organisirter Massen dieser Art aber als etwas quod extra consuetudinem accidit betrachten darf, allein die Frage, in welchem Sinne ULPIAN oder LABEO die vis piratarum als vis maior ansahen, ist nach den römischen Verhältnissen zu beurtheilen. Nicht bloss Diebstähle, sondern auch Einbrüche und gemeine Räubereien rechnet EXNER[3]) zu den gewöhnlichen Ereignissen, denen jede Unternehmung im natürlichen Laufe der Dinge unterworfen ist; aber was berechtigt, die effractura latronum, die für den horrearius als vis maior gilt, für mehr als gewöhnlichen Einbruch und gemeine Räuberei zu halten? Qui salvum fore recipit, non solum a furto sed etiam a damno recipere videtur: ein Jurist, der eine Haftung für alle Unfälle mit Ausnahme einzig der seltenen vis maior-Unfälle EXNERs an-

---

1) Nach MOMMSEN, Römische Geschichte Bd. V, S. 615 nahmen die römischen Kauffahrer regelmässig im indischen Meere Schützen an Bord, um die Angriffe der Piraten abzuweisen.

2) EXNER a. a. O. S. 77.

3) EXNER a. a. O. S. 75.

nimmt, wird schwerlich die Gewähr für furtum noch besonders betonen. Endlich aber und nicht zum wenigsten kein Schiffer und kein Wirth hätte das, wofür er nach EXNER aufzukommen hat, ohne eine besondere und nicht geringe Versicherungsprämie, von der sich bei den Römern keine Spur findet, zu tragen vermocht. Der Annahme weiter, dass der Beweisnothstand des Gläubigers und die Absicht, den daraus entspringenden Uebelständen abzuhelfen, das treibende Motiv für die Einführung der unbedingten Haftung gewesen seien, scheint doch die Behandlung des Landtransportes, bei welchem sich ähnliche Beweisschwierigkeiten herausstellten wie in den Fällen des receptum, sowie der Mangel jeder Andeutung eines derartigen Motives in den Quellen entgegenzustehen, auch waren die römische caupona und das römische stabulum wohl kaum die komplicirten Räderwerke, mit denen EXNER argumentirt. War rücksichtlich der Sachen, die der Gast oder Reisende unmittelbar bei sich behielt, im Falle des Verlustes oder der Beschädigung derselben ein Beweisnothstand gegeben, so war er es vielleicht mehr auf Seiten des Wirthes als des Gastes und doch haftet auch hier der Wirth aus dem Edicte.

Ist sonach die vis maior EXNERs nicht die vis maior der römischen Lehre vom receptum, so ist doch hiervon die Frage unabhängig, ob nicht der Begriff, so wie ihn EXNER bestimmt, geeignet ist, in den Fällen Verwendung zu finden, in denen die Entwicklung des Verkehrs eine Ausdehnung der Haftung des Schuldners über culpa hinaus zu gebieten scheint. Der EXNERsche Begriff muss daher auf seine Brauchbarkeit überhaupt geprüft werden.

Auch von hier aus scheint indess zunächst in dem Beweisnothstande des Gläubigers kaum der richtige Ausgangspunkt zu liegen. Jedenfalls würde ein auf Beseitigung

dieses Nothstandes gerichtetes Princip, auch wenn man es nur auf solche Falltypen anwenden wollte, wo der Nothstand zum Nachtheile des Gläubigers regelmässig wiederkehrt, weit über den Kreis der Rechtsverhältnisse hinausführen, bei denen sonst von der strengeren Haftung die die Rede ist. Der Spediteur haftet nach Art. 380 H. G. B. bei der Aufbewahrung der Güter nur für die Sorgfalt des ordentlichen Kaufmannes, ebenso der Commissionär nach Art. 367. Es ist nicht abzusehen, inwiefern die Beweisschwierigkeiten für den Gläubiger gegenüber dem Spediteur sich anders oder geringer stellen sollten, als gegenüber dem Schiffer oder Wirthe. Aber welche oft kaum widerlegbaren Entstellungen und Vertuschungen sind nicht immer auch dem Commodatar und überhaupt jedem anderen Verpflichteten möglich, welcher in seiner Detention befindliche Sachen zurück- oder herauszugeben hat? Die Beseitigung des Beweisnothstandes kann aber auch nicht Selbstzweck sein. Das höchste Ziel bleibt auch für EXNER die Verurtheilung des Verpflichteten, wenn er den Verlust verschuldet, die Freisprechung desselben, wenn er nicht schuldig ist[1]). Und die Schuld, um die es sich dabei handelt, ist die gemeine culpa. Verwirklichung der culpa-Haftung, soweit dies möglich ist, will also auch EXNER; und nur, weil bei der Untersuchung der culpa-Frage der Verpflichtete allzu leicht durchschlüpfen könne, sei, von den Ausnahmefällen der vis maior abgesehen, die unbedingte Haftung nothwendig. Das ist freilich ein Radicalmittel, das in allen den Fällen, wo keine vis maior vorliegt, mit Sicherheit den schuldigen Verpflichteten trifft, mit Sicherheit aber auch in vielen Fällen den nichtschuldigen. Wie sich der Prozentsatz

1) EXNER a. a. O. S. 53.

der Schuldigen, die ohne die unbedingte Haftung nicht getroffen würden, zu dem Prozentsatze der Nichtschuldigen stellt, die unter der unbedingten Haftung zu leiden haben, wird schwer auszumachen sein. Je enger man aber die Grenzen zieht, von denen die vis maior umschlossen wird, um so mehr wird die Zahl der sine culpa Verhafteten wachsen, und, wenn man EXNER überall beim Wort nimmt, so werden es nicht gar viele sein, die trotz der Nichtschuld unverurtheilt bleiben. Die Gefahr liegt nahe, dass das Resultat, das man erreicht, wenn man in der von EXNER gewollten Ausdehnung den Beweisnothstand durch Abschneidung des Unschuldsbeweises beseitigt, den Opfern nicht entspricht, und es mag sehr fraglich sein, ob nicht bei gründlicher Untersuchung jedes Einzelfalles jenes Ziel, den Schuldigen haften zu lassen, den Nichtschuldigen nicht, besser verwirklicht würde. Wo es darauf ankommt, als letztes Ziel nach Möglichkeit materielles Recht zu verwirklichen, darf auch die Liquidität nicht die Rolle eines bestimmenden Grundes spielen. Die Folge der von EXNER consequent durchgeführten objectiven Theorie ist sie in einem gewissen Umfange allerdings. Soll eine Ausnahme von dem Principe der unbedingten Haftung da zugelassen werden, wo unter diesem Principe der, um so zu sagen handgreiflich Unschuldige zu leiden hätte, so liegt der Gedanke nahe, den Sitz der Ausnahme in das Gebiet der in abstracto unwiderstehlichen Unfälle zu verlegen. Denn, was in abstracto unwiderstehlich ist, ist es eben desshalb auch im concreten Falle, es garantirt die Nichtschuld des Verpflichteten schlechterdings. Das in abstracto Unwiderstehliche ist aber, regelmässig wenigstens, weil man dabei nur mit einem äusseren Ereignisse nackthin zu thun hat und von allen Bedingungen und Complicationen des Einzelfalles absieht, liquide. Leider giebt es

nur das abstract unwiderstehliche Ereigniss nicht, und das Kriterium der absoluten Unabwendbarkeit schwächt sich zu einem Kriterium der wahrscheinlichen Unabwendbarkeit ab, in welcher Gestalt es denn allerdings an seiner Klarheit und Brauchbarkeit recht wesentlich einbüsst und dringende Gefahr läuft, aus seiner luftigen Höhe gezogen zu werden und in Abhängigkeit von den concreten Verhältnissen zu gerathen.

Indess die Richtigkeit des von EXNER genommenen Ausgangspunktes ganz dahin gestellt, die wichtigere Frage ist: sind die von EXNER aufgestellten Kriterien in der That rein äusserlich und objectiv, erübrigen sie die Untersuchung der Schuldfrage, kann der Richter mit ihrer Hilfe ohne Schwierigkeiten erkennen, »ob der behauptete Unfall seiner Art nach unter die Regel oder unter die Ausnahme falle, ohne dass es dafür einer Würdigung der Individualität des einzelnen Ereignisses bedarf«? HÖLDER[1]) tritt, unter einigen, soweit es die Fähigkeit der Kriterien betrifft, die Schwierigkeit der Unterscheidungen auszuschliessen und das Eingehen auf die Individualität des Falles abzuschneiden, doch nicht ganz unwesentlichen Vorbehalten, im Allgemeinen der Auffassung EXNERs bei. Aber das, was er seinerseits für das erste Kriterium, das der äusseren Provenienz, sagt, ist nicht unbezeichnend für die Zweifel, die sich von vornherein mit dem Sinne und der Tragweite dieses Kriteriums verbinden. Denn, wenn er bemerkt, dass, wenn es überhaupt feststehe, dass dem Uebernehmer eines gewissen Gewerbebetriebes die Versicherung gegen bestimmte Gefahren obliege, »hierher gewiss alle diejenigen Gefahren gehören, welche durch die besondere Beschaffenheit des bestimmten Betriebes

1) HÖLDER a. a. O. S 534, 535.

gegeben sind, so dass derjenige Schaden den Unternehmer treffen soll, welcher die seiner Unternehmung anvertrauten oder sich anvertrauenden Sachen oder Personen trifft durch solche Zufälle, welchen die besondere Beschaffenheit des betreffenden Betriebes jene Sachen oder Personen aussetzt«, — so versteht er damit bereits unter der äusseren Provenienz nicht mehr dasselbe wie EXNER. Zu den Zufällen, welchen die besondere Beschaffenheit des Schiffergewerbes die demselben anvertrauten Sachen oder Personen aussetzt, wird der Schiffbruch gehören, auch wenn er lediglich von aussen her, etwa durch einen Orkan, verursacht ist. Dagegen ist die im Wirthshause einfallende Zimmerdecke im Sinne HÖLDERS kein Betriebsunfall, da sie mit den Gefahren, die durch die besondere Beschaffenheit des Gastwirthsgewerbes herbeigeführt werden, nichts zu thun hat, in gleicher Weise vielmehr in jedem anderen Hause sich ereignen kann. Im Sinne EXNERS liegt ein Betriebsunfall vor, weil er innerhalb des Wirthshauses entstanden ist.

Was heisst entsprungen ausserhalb oder innerhalb des Betriebskreises der betreffenden Verkehrsunternehmung? Die Vernichtung der Schiffsladung durch die Explosion der in das Schiff gebrachten Thomasuhr soll kein Fall höherer Gewalt sein, weil sie sich an einem recipirten Gegenstande ereignete. Wäre es anders, wenn die Uhr von irgend jemand, der überdies in keinerlei Beziehung zu dem Schiffe steht, heimlich in irgend einem verborgenen Winkel des Schiffes niedergesetzt worden wäre? Anscheinend nicht. Die Explosion erfolgt immer im Schiffe. Aber auch die Bombe, die in das Schiff geworfen wird, mag erst innerhalb desselben explodiren; vielleicht hatte sie auch bereits längere Zeit unentdeckt im Schiffsraum gelegen und explodirte erst bei späterer zufälliger Be-

rührung. Von aussen in das Schiff kam die Bombe, ebenso aber auch die Thomasuhr. Ein mit Dynamit beladenes Schiff wird von einem anderen Schiffe angerannt, das Dynamit explodirt: entsprang die Zerstörungsthatsache innerhalb oder ausserhalb des Schiffes? Wo »die Kette der causalen Thatsachen innerhalb des Organismus der Unternehmung verläuft«, soll ein Betriebsunfall vorliegen. Aber die Kette der causalen Thatsachen an sich ist eine unendliche. Verfolgt man die Glieder der Kette, so wird man, hier früher dort später, ausserhalb des Betriebskreises, man gebe demselben welchen Umfang man wolle, anlangen. Wo liegen überhaupt die Grenzen des Betriebskreises? EXNER sucht das allerdings genau zu bestimmen. Aber ist die Bestimmung in der That zureichend, oder lässt sie nicht vielmehr die zahlreichsten Zweifel offen? An der Aussenwand des Hôtels befindet sich ein Briefkasten der Post, ein Sprengstoff wird in denselben eingeführt, die bei der Leerung erfolgende Explosion zertrümmert auch die Wand des Hôtels und im nächsten Zimmer befindliche Güter. Gehörte, was unmittelbar an der Aussenwand des Hôtels sich entwickelte, zum Betriebskreise desselben? Ein Wasserrohr innerhalb eines Berliner Hôtels platzt in Folge des ungewöhnlichen Druckes in den weitabgelegenen städtischen Pumpwerken: das ausströmende Wasser beschädigt die Waaren eines Reisenden. Hat diese Beschädigung ihren Ursprung innerhalb oder ausserhalb des Hôtels genommen? Anscheinend wohl mit demselben Rechte ausserhalb wie bei dem zerstörenden Wasserstrahl, der mit der Dampfspritze in ein Gebäude geschleudert wird. Vielleicht hätte aber der Druck des Pumpwerkes auch nicht zum Platzen des Rohres geführt, wenn er nicht auf eine dünnere Stelle desselben gestossen wäre, eine wesentliche Ursache des Unfalles also im

Inneren des Hôtels gelegen hätte. Weder das Innerhalb noch das Ausserhalb steht hier prima facie fest, und eine nähere Untersuchung des individuellen Falles ist unerlässlich. — Der Schlagfluss, der den Locomotivführer trifft, soll nicht höhere Gewalt sein, weil es vielleicht nicht der erste Schlagfluss war, von dem er betroffen wurde, oder weil man sich zu seinem Alter oder zu seiner Constitution solcher Zufälle versehen konnte: »der dienstthuende Mann ist Werkzeug der Unternehmung, und was ihm von Innen her zustösst, geht auf ihre Gefahr«. Nun aber sah der kerngesunde Locomotivführer auf demselben Geleise, auf welchem er seinen Zug führte, einen anderen Zug mit rasender Eile auf sich loskommen. Vor Schreck rührt ihn der Schlag, und die rechtzeitige Hemmung des Zuges unterbleibt. Ist die Ursache des Schlagflusses desshalb weniger von aussen, weil sie psychisch war? Oder auch umgekehrt, der Lokomotivführer erhält wirklich einen Schlag oder Stoss von aussen und stürzt tot nieder. Kann nicht der Schlag vielleicht nur desshalb die tötliche Wirkung gehabt haben, weil gewisse krankhafte oder anomale körperliche Bedingungen bei ihm vorlagen? Dem Strike spricht EXNER den Character als vis maior ab, ohne Zweifel, weil die Entschliessung dazu in den strikenden Arbeitern, der Strike also innerhalb des Organismus des Unternehmens entsteht. Dagegen soll der Strike dann vis maior sein, wenn er auf übermächtigen Einwirkungen beruht, so also z. B. wohl dann, wenn er durch Drohungen mit Gefahr für Leib und Leben von Seiten einer überwältigenden Zahl ausserhalb des Unternehmens stehender Arbeiter herbeigeführt ist. Offenbar aber kann es nicht sowohl auf die Drohungen und die Uebermacht ankommen, sondern darauf, ob wirklich Drohungen den Strike herbeiführten oder ob nicht viel-

mehr unabhängig von denselben der bereits vorhandene Entschluss zum Striken zur Ausführung kam. Wie soll das prima facie und ohne Untersuchung der Besonderheiten des Einzelfalles beantwortet werden?

Nicht geringer sind die Bedenken gegen das zweite Kriterium. Man kann zwar den Orkan vom gewöhnlichen Winde, den Herkules vom Manne mit alltäglicher Kraft unterscheiden, aber es handelt sich da, wo Zweifel entstehen, weder um den Orkan und den Herkules auf der einen, noch den gewöhnlichen Wind und die alltägliche Kraft auf der anderen Seite. Die Schwierigkeiten liegen auf dem Grenzgebiete des Gewöhnlichen und Ungewöhnlichen, des Augenscheinlichen und des Nichtaugenscheinlichen, und der Werth der aufzufindenden Merkmale bestimmt sich danach, ob sie für dieses Grenzgebiet ausreichen. Von der Grösse und Ausserordentlichkeit eines Ereignisses kann man ferner nicht immer auf seine Offenkundigkeit schliessen. Das Bombardement im Hafen zieht freilich die Augen vieler Menschen auf sich und kann nicht erdichtet werden. Aber Schiffe werden nicht nur im Hafen zerstört; wo ist die Offenkundigkeit bei dem Verbrennen des Schiffes auf hoher See, bei dem Untergange durch eine Wasserhose, bei dem Sinken des Schiffes, das während des Nebels im englischen Kanal von einem nach der Collision weiterfahrenden Schiffe in den Grund gebohrt wird? Aber auch das Ereigniss kann übermächtig und offenkundig sein, ohne dass damit die Wahrscheinlichkeit der Nichtschuld liquide gestellt würde. Dass ein Schiff im Seesturm zu Grunde geht, kann am Sturm, kann aber auch an unrichtigen Segelmanövern oder an mangelnder Kenntniss von Riffen und Untiefen liegen. Ebenso kann ein Ereigniss übermächtig und offenkundig sein, ohne desshalb die Gefahr der Erdichtung und Ver-

tuschung auszuschliessen, die Erdichtung und Vertuschung nämlich in Betreff der Umstände, auf die es ankommt. Es wäre nicht das erste Mal, dass beim Toben des Gewitters, wenn Blitz auf Blitz niederfährt, ein Haus in Flammen steht, das gar nicht oder doch nur von einem unschädlichen Blitzstrahle getroffen war. Es brennt, weil der Besitzer die gute Gelegenheit zur Brandstiftung benutzt oder aus anderen im Inneren entsprungenen Ursachen. Je heftiger die Naturgewalten wüthen, je mehr sie den Rahmen des Gewohnten überschreiten und die Sinne der Menschen betäuben, um so leichter wird gerade die Täuschung sein. Nun handelt es sich aber zumeist auch gar nicht um das brennende Haus, sondern um die darin aufbewahrten Sachen. Wenn das Wirthshaus niederbrennt, steht es desshalb prima facie fest, dass die verschwundenen Güter eines Reisenden verbrannt und nicht gestohlen sind? Grosse Ereignisse bieten keine Garantie gegen Entstellung und machen die Unabwendbarkeit nicht nothwendig wahrscheinlich, kleine Ereignisse brauchen dem Verdachte der Erdichtung und der Abwendbarkeit nicht zu unterliegen. Wenn der Jäger vom Felde her auf den Eisenbahnzug schiesst und einen Güterwagen trifft, so ist nicht abzusehen, wesshalb ein solches Ereigniss und seine Unabwendbarkeit nicht von vornherein und ohne jedes Eintreten in die Untersuchung nach einer Schuld der Bahnverwaltung zweiffellos sein könnte.

Indess »gross« ist ein relativer Begriff. EXNER sucht daher mit Recht einen Massstab zur Messung der Grösse und macht vom Boden seiner Theorie aus nicht minder mit Recht die Anforderung, dass das Mass von der Vergleichung mit ausserhalb der concreten Vorgänge gelegenen Grössen hergenommen werden müsse. Aber, indem er zur Vollendung der Theorie diesen letzten Baustein auf-

legt, erfüllt er die von ihm selbst gestellte Anforderung nicht. Der Massstab, den er findet, lässt sich in seinem Sinne nicht aufrecht erhalten, führt vielmehr ganz auf den verpönten Boden der concreten Vorgänge und des daraus zu entnehmenden Masses zurück. Es soll auf die Unterscheidung zwischen den Zufällen, welche im gewöhnlichen Laufe des Lebens immer wieder vorzukommen pflegen und solchen Zufällen ankommen, welche als etwas ganz Ausserordentlichs erscheinen. Jene werden im Voraus veranschlagt, diese nicht, jenen gegenüber genügt das vernünftige Mass der Vorsicht und der Vorkehrungen, durch welche wir uns und andere gegen schadenbringende Einwirkungen von aussen schützen, diesen gegenüber sind wir unvorbereitet, ohne dass uns ein Vorwurf treffen kann. Diese Merkmale sind objectiv zu nehmen; nicht auf Abwendbarkeit für das betreffende Unternehmen mit seinen Abwehrkräften, auch nicht auf die Abwendbarkeit für Unternehmungen der in Rede stehenden Art soll es ankommen. Die Unternehmung ist überhaupt nicht mit dem Ereignisse zu vergleichen, sondern aus dem objectiven Thatbestande soll es hergeleitet werden, ob man mit dem Ereignisse zu rechnen hatte, es in Anschlag bringen musste, ob das vernünftige Mass der Vorsicht dagegen ausreichte. Ein Ereigniss einer bestimmten Art ist desshalb auch immer vis maior oder nie. »Ein und dasselbe Ereigniss (z. B. eine Ueberschwemmung) kann nicht zugleich vis maior und deren Gegentheil sein, je nachdem es dort eine Grossunternehmung traf, die auf dergleichen Fälle gerüstet sein sollte, oder hier einen Kleinfuhrmann, dem man diesen Aufwand nicht zumuthen kann; der Blitzschlag bleibt immer höhere Gewalt und verliert diesen Charakter nicht dadurch, dass man erwarten durfte, dieses Gebäude werde seines feuergefährlichen

Inhalts wegen mit einem Blitzableiter versehen werden«. — In dem, was man an Gefahren zu veranschlagen und in Rechnung zu bringen pflegt, liegt also dass Mass. Nun aber giebt es weder Gefahren, die man allgemein veranschlagt, noch solche, die niemand in Rechnung zieht. Alles in dieser Beziehung ist relativ und abhängig von dem concreten Unternehmen, von Zeit, Ort und Umständen des Einzelfalles. Ein anderer Anschlag gilt für den, der den Ocean mit dem eisernen Dampfer durchfährt, ein anderer für den, der sich des hölzernen Segelschiffes bedient. Der Besitzer eines aus Stein und Eisen erbauten Riesenhôtels der Grossstadt stellt andere Gefahren in Rechnung als der Wirth im Dorfe mit seinem strohgedeckten Krug aus Lehmfachwerk. Stürme sollen gemeine Naturerscheinungen sein, mit denen man rechnet, aber wenn der Sturm zur See das Schiff in den Grund bohrt, so ist dies höhere Gewalt. Aber der vorsichtige Kaufmann rechnet auch mit einem solchem Sturme und nimmt gegen diese und ähnliche Gefahren Versicherung, freilich nicht immer, wohl aber, wenn der Werth der Ladung die Prämie lohnt, also ganz nach Lage des individuellen Falles. Wer mit Schätzen durchs Land zieht, ergreift andere Vorsichtsmassregeln als der Mann mit der leeren Tasche. Ein plötzlicher Bergsturz im Vergleiche zu allmähligen Senkungen und Abrutschungen des Bodens in Folge der Verwitterungen und Verwaschungen ist höhere Gewalt. Aber für wen sind die Merkmale «plötzlich und allmählig« da? Doch nur für den, der in der Nähe des Berges wohnt oder an demselben öfter vorbeipassirt. Wie aber, wenn jemand, mit seinem Fuhrwerke aus weiter Ferne kommend, zum ersten Male an einem Berge vorüberfährt, dessen oberste Gesteinschicht sich, wie alle Umwohner wissen, in langsamer, steter, für das ungeschulte

Auge nicht erkennbarer Abwärtsbewegung befindet? Die Katastrophe tritt während des Vorbeifahrens ein und begräbt das Fuhrwerk. Was für andere allmählig war, war plötzlich für diesen Fuhrmann. Jene mochten sich darauf einrichten, dieser konnte es nicht. Der Blitz soll immer höhere Gewalt sein, aber der zündende und Verderben bringende Blitzschlag gehört keineswegs zu den ausserordentlichen Ereignissen, und je nach Lage des individuellen Falles zieht man auch diese Gefahr in Rechnung. Hier, wie überall, ist es der concrete Vorgang, der den Massstab giebt. Das Pachtverhältniss, auf das EXNER Bezug nimmt, weil dort, soweit es den Remissionsanspruch des Pächters betrifft, auch zwischen gewöhnlichen Zufällen, die der Pächter im Voraus veranschlagt, und ungewohnten Unglücksfällen, die er nicht in Rechnung bringt, unterschieden wird, beweist nichts für den allgemeinen Werth der Unterscheidung. Die Frage wird auch hier individuell gestellt, und die ungewöhnlichen Unfälle sind diejenigen, auf die der Pächter nach den Umständen in der speziellen Hinsicht auf Fruchtgewinn und in Rücksicht auf das Mass des angerichteten Schadens nicht gefasst zu sein brauchte.

Die von EXNER entwickelte Theorie hat bei späteren Schriftstellern vielfach, wenn auch nicht bis in alle Einzelheiten, Zustimmung gefunden[1]). Nach HAFNER[2]) verstanden die Römer unter vis maior solche Ereignisse, »welche objectiv betrachtet, in ihren schädigenden Wirkungen als unabwendbar gelten müssen«. Ob sie im

---

1) So bei WENDT in seinem Pandektenlehrbuche S. 555, 556. HÖLDERS ist bereits oben gedacht.

2) HAFNER, Ueber den Begriff der höheren Gewalt im deutschen Transportrecht. Derselbe, obschon er es vorwiegend mit dem modernen Rechte zu thun hat, gehört insofern hierher, als er immerhin gleichzeitig den Begriff für das römische Recht festzustellen sucht.

Uebrigen einen präcisen Begriff mit dem Ausdrucke verbunden haben, scheint ihm zweifelhaft[1]). Bezüglich des Begriffes, wie er hingestellt werden müsse, stimmt er mit einer Modification mit EXNER überein. Höhere Gewalt soll nicht als ein Ereigniss bezeichnet werden, dass die von EXNER angegebenen beiden Kriterien hat[2]), sondern als ein Zufall, dem diese Merkmale beiwohnen. Die Differenz, welche sich ergiebt, ist indess nicht von grosser Erheblichkeit. Das Wesentliche der EXNERschen Ansicht, das nur, wenn seine beiden Kriterien vorliegen, der Recipient mit seinem Unschuldsbeweise gehört wird, bleibt auch für HAFNER stehen. Liegt aber ein sich als vis maior qualifizirendes Ereigniss vor, so muss auch bei EXNER, damit der Verpflichtete haftfrei ist, noch ferner hinzukommen, dass culpa nicht vorliegt, das Ereigniss also Zufall ist. EXNER hebt nur hervor, dass es meist, weil das sich als vis maior darstellende Ereigniss die culpa von vorn herein höchst unwahrscheinlich machen wird, keines besonderen Beweises der Nichtschuld für den Verpflichteten bedürfen werde. HAFNER nimmt das Fehlen der culpa in den Begriff der vis maior auf, so dass vis maior das befreiende Ereigniss selbst ist. Bei EXNER ist die vis maior nur wesentliche Voraussetzung für die Befreiung des Schuldners. Für die Haftungsfrage selbst kommen praktisch beide Auffassungen auf dasselbe hinaus.

Nach BRUCKNER[3]) ist die vis maior ein vom casus verschiedenes Ereigniss nicht bloss in der Lehre vom receptum, sondern bei jeder Art von Unfällen überhaupt. Es musste desshalb die Ansicht BRUCKNERs auch bereits oben[4]), wo es sich um die Bedeutung der vis maior im

1) HAFNER a. a. O. S. 23.

2) cf. oben S. 130.

3) BRUCKNER a. a. O. S. 253ffg.

4) cf. S. 44, 45.

Allgemeinen handelte, wenn auch nur kurz, berührt werden. Hier ist ein näheres Eingehen auf dieselbe um so mehr geboten, als BRUCKNER, obschon er das Wesen der vis maior ebenfalls in den objectiven Thatbeständen sucht, doch zu ganz anderen Kriterien gelangt als EXNER.

BRUCKNER geht davon aus, dass zum objectiven Thatbestande eines Unfalles zwei Voraussetzungen gehören: »1. der Angriff einer wie immer beschaffenen feindlichen Gewalt auf eine bestimmte Sache und 2. das Fehlen eines die Wirkung dieser Gewalt hemmenden Widerstandes.« Soll aber eine bestimmte Person für den Unfall haften, so müsse ein subjectives Moment hinzukommen: der Unfall müsse ihr zugerechnet werden, sie müsse in Schuld sein. Ob dies der Fall sei oder Nichtschuld, casus, vorliege, lasse sich nur in concreto beurtheilen. Der Schuldner könne in Rücksicht auf jede der beiden gedachten Voraussetzungen jedes Unfalls, also in einer zwiefachen Richtung, in culpa sein, indem er nämlich einmal das Auftreten der vis verursache oder die Sache in die gefährdete Lage gebracht habe oder indem er andererseits den ihm obliegenden Widerstand gegen die vis unterlassen habe. In der ersten Richtung könne stets Schuld vorliegen, insofern bedürfe es also immer der Prüfung des concreten Vorganges. Was dagegen die Verabsäumung des erforderlichen Widerstandes anlange, so wäre man eines Eingehens auf die concreten Hergänge überhoben, »wenn es generell zu bestimmende (abstracte) Unfälle gäbe, die die Eigenschaft der Unwiderstehlichkeit an sich tragen.« Und solche Unfälle giebt es nach BRUCKNER: es sind eben die Fälle der vis maior. Da aber die vis maior sonach die Schuldlosigkeit des Verpflichteten nur in der einen Richtung, nämlich in Hinsicht auf die Verpflichtung zur Abwehr, ausser Zweifel setze, so habe sie insoweit für das materielle

Recht, das es nur mit der Frage der Schuld oder Nichtschuld überhaupt zu thun habe, keine Bedeutung. Die Prüfung der Schuldfrage und damit des concreten Herganges bleibe trotz der vis maior nothwendig. Die vis maior sei nicht der in abstracto unverschuldete, sondern der in abstracto unwiderstehliche Unfall. Die Bedeutung der vis maior liege von hier aus nur auf der Seite der Beweisfrage. Stehe es in abstracto fest, dass der vis maior kein Widerstand geleistet werden könne, so erübrige sich in dieser einen Richtung der Beweis und damit insoweit die Untersuchung des Einzelfalles, wobei allerdings nebenbei aus der Beschaffenheit der vis maior sehr häufig auch auf eine hohe Wahrscheinlichkeit oder Gewissheit der Nichtschuld des Verpflichteten überhaupt geschlossen werden möge.

Zu einem Begriffe des materiellen Rechtes erhebt sich nach BRUCKNER die vis maior erst auf den Gebieten, auf welchen in seinem Sinne der Schuldner Garantiecustodia zu prästiren hat und insbesondere auch bei dem receptum. Auf diesen Gebieten, auf denen der Schuldner ursprünglich unbedingt gehaftet habe, sei der Einwand der vis maior eingeführt, um die unbedingte Haftung zu mildern, und es habe sich nun das Verhältniss dahin gestellt, dass der Schuldner, sobald vis maior vorläge, aber auch nur dann, frei wurde, falls nicht nunmehr Kläger eine zurechenbare Schuld des Beklagten nachwies; in allen übrigen Fällen, also überall, wo nicht vis maior excipirt werden konnte, sei es bei der unbedingten Haftung geblieben. Dadurch dass der vis maior für eine Reihe von Obligationen eine materiell-rechtliche Wirkung beigelegt wurde, änderte sich ihr Begriff nicht. Es blieben immer dieselben Ereignisse, welche den Charakter der vis maior hatten, und dieselben Merkmale, die diesen

Charakter bedingten. Nicht anders ist es mit der vis maior bei dem receptum. Zwar haftet nach BRUCKNER der Recipient im Unterschiede von dem zur Garantie-custodia Verpflichteten unbedingt nicht bloss für Detentionsverluste, sondern auch für Substanzverletzungen, aber die vis maior, welche die Grenze für die unbedingte Haftung des Recipienten bildet, ist ihrem Wesen und ihren Merkmalen nach genau dieselbe vis maior, wie sie bei anderen Unfällen in Frage kommt, sie ist hier wie überall der abstract unwiderstehliche Unfall.

Je wichtiger dieser abstract unwiderstehliche Unfall durch seine Bedeutung für die Beschränkung der Haftung aus der Garantie-custodia jeder Art hiernach geworden wäre, um so mehr sollte man, wie auch BRUCKNER hervorhebt, erwarten, dass die römische Jurisprudenz sich bemüht hätte, die Kriterien des Begriffes auf das Genaueste zu bestimmen. Da das aber bekanntlich nicht geschehen ist, so dürfte daraus ein sehr wesentlicher Zweifel gegen die BRUCKNERsche Ansicht selbst hergeleitet werden können. BRUCKNER dagegen nimmt an, dass die römischen Juristen es dem praktischen Gefühle des Richters überlassen hätten, nach Analogie der von ihnen gegebenen Beispiele die Frage im einzelnen Falle zu entscheiden. »Sie gingen dabei«, wie er sagt, »von der richtigen Erwägung aus, dass auch die vis maior, wie jeder Begriff, welcher seine Entstehung der Erfahrung verdankt, sich zwar gegen jede theoretische Analyse spröde verhalte, dass aber der Praktiker trotzdem das Richtige immer sehr wohl wird treffen können, wenn man ihm nur durch Aufstellung einiger unzweifelhafter Beispiele an die Hand gehe.«[1])

1) BRUCKNER a. a. O. S. 278. In der Anmerkung hierzu bemerkt er im Gegensatze zu GOLDSCHMIDTS Ansicht, dass eine Scheidung zwischen vis maior und gewöhnlichen Unfällen zwar theoretisch denkbar, aber doch

Abstract unwiderstehlich und mithin vis maior sind für BRUCKNER alle die Ereignisse, die in den im § 5 citirten Quellenstellen als casus quibus resisti non potest, casus maiores, damnum fatale, vis maior u. s. w. aufgeführt werden: mortes und fugae servorum, incendium, rapina, impetus praedonum, vis piratarum, vis tempestatis, ruina u. a. Dabei verschliesst sich BRUCKNER freilich der auch gar nicht wegzubringenden Thatsache nicht, dass jedenfalls einem grossen Theile dieser Ereignisse dann Widerstand geleistet werden kann, wenn man sie vorhersieht, und ebensowenig der ferneren Thatsache, dass, selbst zugegeben, es wäre die eine oder andere Art von Ereignissen, auch wenn sie vorhergesehen würden, dennoch unüberwindbar, gegen solche Ereignisse immer noch ein passiver Widerstand durch Wegschaffung der bedrohten Sachen möglich bleiben könnte. Demgemäss unterscheidet er zwei Kategorien der vis maior und nimmt in die Bestimmung beider das Merkmal, dass sie nicht voraussehbar sind, auf. Hiernach sind für ihn vis maior[1]):

»1. alle Unfälle, welche schon wegen der Gewalt, mit welcher sie auftreten, jeden activen Widerstand undenkbar erscheinen lassen, daher ihnen ganz besonders der Name vis maior, vis divina, vis cui resisti non potest zukommt. Jedoch muss auch hier noch der Umstand hinzutreten, dass

praktisch nur überaus schwer, wenn überhaupt, durchführbar sei. »Meines Erachtens ist«, heisst es bei BRUCKNER, »die Sache gerade umgekehrt Der praktische Sinn wird hier einen Richter von nur einiger Erfahrung kaum im Stich lassen und dürften daher direkte Missgriffe in dieser Richtung nahezu ausgeschlossen sein. Die Römer erkannten ganz richtig, dass sich die Eigenschaft eines Unfalls als vis maior weit leichter fühlen, denn verstehen lasse, sie verzichteten daher darauf, eine starre Regel aufzustellen, nach welcher diese Eigenschaft hätte bemessen werden sollen und liessen so mit Recht dem richterlichen Ermessen freien Spielraum.«

1) BRUCKNER a. a. O. S 283.

sie nicht voraussehbar sind, weil sonst regelmässig wenigstens ein passiver Widerstand möglich wäre; 2. alle Unfälle, gegen welche zwar ein activer Widerstand an und für sich gar wohl denkbar wäre, welche aber trotzdem unwiderstehlich sind, nur weil sie nicht vorhergesehen werden können und ein beständiger Schutz unthunlich ist.«

Die von EXNER gefundenen Kriterien werden bei der BRUCKNERschen Auffassung ganz aufgegeben. BRUCKNER fordert weder äussere Provenienz noch Grösse und Offenkundigkeit des Ereignisses. Was für ihn übrig bleibt, ist nur die Unwiderstehlichkeit, die wiederum bei EXNER zwar ein regelmässiger Begleiter, keineswegs aber ein Merkmal der vis maior ist. Diese Unwiderstehlichkeit soll aber — und desshalb steht BRUCKNER ganz auf dem Boden der objektiven Theorie —, unabhängig von der Frage nach Diligenz und Schuld, im äusseren Bestande der Ereignisse begründet sein. Das aus der Vermeidbarkeit der Ereignisse in Folge ihrer Vorhersehbarkeit sich ergebende Bedenken wird dadurch beseitigt, dass die Unvorhersehbarkeit zu einem Thatbestandsmerkmale gemacht wird. Aber bereits hierdurch untergräbt sich die Auffassung selbst. Unfälle können selbstredend ganz plötzlich und unvermuthet und wider jede Voraussicht über den Menschen kommen. Das gilt aber nur von den Unfällen in concreto. Arten von Ereignissen, Unfälle in abstracto können niemals die Eigenschaft der Unvorhersehbarkeit an sich tragen. Es giebt Anzeichen für kommende Orkane; häufig genug werden die Schiffer durch die Sturmwarnungen der Seewarte noch rechtzeitig geschützt. Durch Erschütterungen des Kegels, durch aufsteigenden Rauch und Lavaausflüsse kündigen sich nicht selten die Ausbrüche eines Vulkans lange zuvor an. Auch das Erdbeben sendet bisweilen seine Vorboten vorweg. Dass der objective

Bestand eines Brandes, eines Einsturzes, der Räubergewalt u. s. w. nichts mit der Vorhersehbarkeit oder Unvorhersehbarkeit zu thun hat, liegt vollends auf der Hand. Die Entscheidung, ob der Verpflichtete sich aller dieser oder ähnlicher Ereignisse versehen konnte, hängt schlechterdings von den concreten Umständen und von dem Verhältnisse des Betroffenen zu dem Ereignisse ab. Die Kunde oder Unkunde des Betroffenen, die Frage, ob er sich Kenntniss verschaffen konnte u. s. w., müssen nothwendig in Betracht gezogen werden. Zu den Ereignissen, die absolut unwiderstehlich sein sollen, rechnet BRUCKNER z. B. den Bergsturz, das Erdbeben, den Ausbrnch eines Vulkanes und den Orkan. Hier soll bei gehöriger Voraussicht höchstens passiver Widerstand durch rechtzeitige Entfernung möglich sein. Aber läge denn beispielsweise der active Widerstand gegen den Orkan nur dann vor, wenn es gelänge, denselben zum Schweigen zu bringen, oder ist es nicht ebenso ein activer Widerstand, wenn das Schiff durch geschicktes Manövriren sich gegen das Wüthen des Sturmes aufrecht hält? Was heisst weiter »einen Unfall vorhersehen«? Entscheidend wird sein, wie lange man voraussah. Bisweilen werden Minuten genügen, bisweilen werden Tage nicht hinreichen. Wenn auch noch so unvermuthet in der Nachbarschaft ein Feuer aufgeht, so werde ich oft genug mein eigenes Haus durch rechtzeitiges Besprengen mit Wasser retten können. Vielleicht genügt es, dass ich erwache, wenn eine Bande von Räubern schon mit dem Erbrechen meiner Hausthür beschäftigt ist, vielleicht aber hätte ich auch Hilfe nicht mehr schaffen können, wenn ich Stunden oder Tage zuvor von dem beabsichtigten Raube Kenntniss gehabt hätte. Ueberall kommt es auf die concreten Umstände, auf die Untersuchung des Einzelfalles, auf Lage, Umstände und Mass-

nahmen des Betroffenen an; das abstracte Ereigniss nackthin giebt keinerlei Auskunft. Gemeinhin pflegt man den Blitz zu den abstract unwiderstehlichen Unfällen zu zählen, und wir sahen oben, dass auch EXNER ihn unbedingt als vis maior festhält. Nach BRUCKNER dagegen soll heutzutage wegen der Erfindung des Blitzableiters der Blitz aus dem Kreise der vis maior ausscheiden. Weil man sich unter Umständen durch den Blitzableiter schützen kann, so sollen jetzt bei Beurtheilung der Schuldfrage die concreten Verhältnisse des Falles in's Auge gefasst werden müssen[1]). Gegen den letzten Satz selbst ist von meinem Standpunkte gewiss nichts zu sagen, aber es ist schwer erkennbar, wie man den Blitz seines Charakters als abstract unwiderstehlichen Unfalls entkleiden, denselben Charakter aber doch noch für so viel andere Unfälle beibehalten will. Je nach Lage der Umstände kann man sich und die zu schützenden Gegenstände gegen den Blitz, aber auch gegen die übrigen Unfälle wahren. Freilich pflegt man auf manchen Gebäuden den Blitzableiter als dauernde Einrichtung anzubringen, nicht weniger aber sucht man auch manches Gebäude durch dauernde Veranstaltungen, sei es durch fortwährende Bewachung, sei es durch andere Einrichtungen, gegen Einbruch und Feuer zu schützen.

1) BRUCKNER a. a. O. S. 284, Anmerkung 1.

§ 10.

Rückblick.

Die subjective Theorie beruhte auf einer Steigerung des Diligenzbegriffes. Diese Steigerung erwies sich aber wiederum als unhaltbar: hinter der ausserordentlichsten Sorgfalt, der speziellen Bewachung, den wirksamsten Veranstaltungen kam als der wahre Massstab die gemeine Diligenz des bonus paterfamilias zum Vorschein. Freilich mag ein Gewerbsunternehmer zu Massregeln und Vorkehrungen verpflichtet sein, die einem anderen nicht obzuliegen brauchen; damit mag sich die Thätigkeit in Inhalt und Richtung verschieden gestalten, nicht aber der Massstab der Diligenz. Der diligens paterfamilias ist ein Mensch, »der den von ihm betriebenen Geschäften u. s. w., überhaupt demjenigen, was er vornimmt, völlig gewachsen ist«. Wer eine Eisenbahn oder ein anderes besonders gefährliches Unternehmen betreibt, hat daher auch die Massregeln zu treffen, durch welche den Gefahren seines Unternehmens möglichst vorgebeugt wird. Unternimmt Jemand ein Gewerbe, das er nicht versteht oder dessen Anforderungen zu genügen er nicht die Kraft hat, so haftet er zwar auch, jedoch auch nur für culpa, die darin liegt, dass er etwas ergreift, dem er nicht gewachsen ist. Es genügt um so mehr in dieser Beziehung auf Exner und die bei ihm Citirten[1]) zu verweisen, als auch die

1) Exner a. a. O. S. 24 ffg. Das Handelsgesetzbuch spricht daher von der Sorgfalt des ordentlichen Kaufmannes, des ordentlichen Frachtführers, des ordentlichen Schiffers.

Hauptvertreter der subjectiven Theorie keineswegs die Richtigkeit dieser Sätze an sich verkennen und sich eben desshalb auch gegen die Annahme der diligentia exactissima, mit der freilich wohl auch die culpa levissima wiederaufleben würde, verwahren. Desshalb soll die strengere Haftung des Recipienten nicht darauf beruhen, dass man ihm eine gesteigerte Diligenz zur Pflicht macht, sondern gewisse Unfälle sollen, obschon unverschuldet, so behandelt werden, als ob sie verschuldet wären, wenngleich an sich von der Haftung für culpa aus unvertretbar, kraft des Gesetzes oder des Parteiwillens vertreten werden. Oder, in anderer Fassung: in der diligentia in custodiendo liegt ein gewisses Mass spezieller Obhut und Aufsicht nicht, Unfälle, die nur mit diesem Masse vermeidbar wären, sind also unverschuldet; wer aber diese spezielle Obhut und Aufsicht unterlässt, thut es auf seine Gefahr. Hierbei wird noch vorausgesetzt, dass die spezielle Aufsicht möglich ist. Indessen wird zum Theil auch davon abgesehen, ja im Gegentheil die Unmöglichkeit hinreichender Aufsicht supponirt: gewisse Unfälle würden bei Unterstellung bestimmter Massregeln und insbesondere einer speziellen Beaufsichtigung und Bewachung nicht unabwendbar gewesen sein; für diese Unfälle haftet der Recipient, »obschon ihm gerade der Gewerbebetrieb, in dessen Veranlassung er die Sachen erhält, es in der Regel unmöglich machen wird, gerade diese spezielle Beaufsichtigung und Bewachung zu üben« [1]). So aber oder so gefasst, sobald man diesen Behelfen näher tritt, wird man entweder nicht wissen, woran man ist, oder sich wiederum der Diligenz und der culpa gegenüber befinden. Was sind das für Unfälle, die zwar un-

1) cf. Die Begründung der Entscheidung des Reichsgerichtes vom 5. Januar 1887. Entsch. in Civils. Bd. XIX S. 37.

verschuldet, doch als vertretbar behandelt werden sollen, für Ereignisse, gegen welche ein Schutz durch specielle Obhut zwar möglich, aber nicht Pflicht ist oder gar für Zufälle, die bei Unterstellung bestimmter aber nicht ausführbarer Massregeln abwendbar sind, wo liegen die Kriterien, nach denen ihre Feststellung möglich ist? Die Antwort für den einzelnen Fall wird regelmässig dadurch gefunden, dass man die Anforderungen, die das Unternehmen an die Sorgfalt des Schuldners stellt, mit der Kraft vergleicht, die dem Ereignisse beiwohnt, und alle Definitionen dieser Ereignisse als solcher, deren beschädigender Einwirkung keine menschliche Widerstandskraft gewachsen ist oder die unter den gegebenen Umständen und durch die äusserste, diesen Umständen angemessene, vernünftiger Weise zu erwartende Sorgfalt weder abzuwehren noch in ihren Folgen vermeidlich sind u. s. w., sind letzlich nichts anderes als Umschreibungen für casus. Die äusserste, den Umständen angemessene, vernünftiger Weise zu erwartende Sorgfalt ist die gemeine Diligenz, ihre Vernachlässigung culpa: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Wenn man will, so mag man auch diese Auffassung eine objective nennen, aber nur in dem Sinne, in welchem in der diligentia des vir diligens ein objectiver Massstab liegt, nicht aber in dem Sinne, in dem hier von der objectiven Theorie gesprochen wird. Die objective Theorie ist gleichzeitig eine absolute, weil sie das Wesen der vis maior in die äusseren Eigenschaften der Ereignisse setzt und von der Besonderheit des Einzelfalles, daher auch von dem in demselben möglich gewesenen Widerstande abstrahirt: je nachdem gewisse äussere Kriterien vorliegen oder nicht, ist sie vorhanden oder nicht, und dasselbe Ereigniss kann nicht nach den Umständen einmal

vis maior sein, das andere Mal nicht. Die subjective Theorie ist relativ, das Mass des im Einzelfalle gebrauchten Widerstandes ist entscheidend, zwar nicht das Mass des gerade dem Betroffenen möglichen Widerstandes — das liefe auf eine culpa in concreto hinaus —, wohl aber das Mass des Widerstandes, das ein tüchtiger Mann unter den Umständen des Falles zu leisten im Stande war.

Betrachtet man äussere Ereignisse lediglich als solche und ohne Rücksicht auf ihre Abwendbarkeit oder die Abwendbarkeit ihrer schädigenden Folgen im einzelnen Falle, so lassen sie sich ohne Zweifel nach Arten und Klassen unterscheiden. Solche Gruppirungen nimmt der Naturforscher vor, und insoweit es sich nur um die Möglichkeit handelt, gewisse Arten von Ereignissen auszusondern und unter dem gemeinschaftlichen Namen der vis maior zusammenzufassen, würde sich daher auch der Jurist keine unüberwindbare Aufgabe stellen. Aber das blosse äussere Ereigniss hat mit dem Rechte nichts zu thun. Für den Juristen gewinnt es erst Bedeutung, insofern es rechtliche Wirkungen erzeugt; speziell für unsere Lehre sollen die Ereignisse danach gesondert werden, ob sie und ihre Wirkungen einen Schuldner frei machen oder nicht. Die Kriterien für die Aussonderung von Arten befreiender oder nicht befreiender Ereignisse müssen in einer gewissen Beziehung zu dem Zwecke stehen, zu welchem die Aussonderung dienen soll. Es ist desshalb nicht Zufall, dass, wie ich glaube, auch die Versuche, das Wesen der vis maior vom Standpunkte der objectiven Theorie zu erklären, nicht zu einem befriedigenden Abschlusse geführt haben, und es liegt dies auch nicht an Mängeln in der Durchführung, so dass man versuchen könnte, ob nicht von demselben Ausgangspunkte aus etwa ein anderer Weg zum Ziele führen würde. Die Frage, ob der Schuldner

für einen Unfall haften soll, ist nothwendig mit der Frage nach seiner Abwendbarkeit verbunden. Im Hintergrunde aller Versuche über die vis maior liegt immer der Gedanke: 'der Schuldige soll haften, der völlig Unschuldige, soweit dies möglich ist, haftfrei sein. Der unabwendbare Zufall, der reine Zufall sind desshalb der richtige Ausdruck für das, was bei der vis maior vorschwebt und auf dessen Kriterien alle Lösungsversuche hinstreben. Da aber die Unabwendbarkeit niemals mit einer Art von Ereignissen gegeben, vielmehr stets nur im Einzelfalle nach der Lage und den Umständen des in Rede kommenden Unternehmens bestimmt werden kann, so führt die objective Theorie zu einer Lösung nicht, weicht vielmehr, um praktisch verwendbar zu sein, in ihren letzten Sätzen wieder auf den subjectiven Standpunkt zurück.

Beide Theorien, die subjective wie die objective, sind sonach nicht im Stande, das Problem zu lösen. Diese setzt sich in jene und die subjective Auffassung wiederum in die culpa-Theorie um. Wenn also die Vertreter beider Auffassungen bald mehr bald weniger auf wirklich ausgiebige Definitionen verzichten und das letzte Wort im Einzelfalle von dem vernünftigen Ermessen, dem praktischen Sinne oder gar dem Gefühle des Richters erwarten, so hat dies nicht darin seinen Grund, dass der Begriff sich nur in abstracto nicht definiren liesse, sondern es liegt an der Unhaltbarkeit des Begriffes selbst. Begriffe, die weder der Gesetzgeber noch die Wissenschaft bestimmen können, deren wahren Inhalt erst der Richter im einzelnen Falle finden soll, giebt es überhaupt nicht oder sollte es jedenfalls nicht geben. Wo man doch und zwar trotz aller Bemühungen um die Klarstellung des Begriffes mit demselben in so resignirter Weise abschliessen muss, handelt es sich nicht um eine Eigenthümlichkeit des

Begriffes, sondern um einen in demselben verborgenen Fehler. Der Richter hat eine doppelte Thätigkeit, er hat den einzelnen Fall zu untersuchen und ihn sodann unter die Regel zu bringen. Bei dieser zweiten Thätigkeit bedarf er zuvor der Kenntniss der Regeln in abstracto und kann sie nicht erst aus dem, was er zu subsumiren hat, feststellen; um zu messen, bedarf man des Massstabes vorweg. Vorliegend würde überdies die Aufgabe des Richters durch die ganz abweichenden Resultate der verschiedenen Theorien noch ungeeigneter. Meines Erachtens aber liegt auch in diesem Ergebnisse ein neues Anzeichen dafür, dass im Sinne der römischen Juristen schwerlich weder die eine noch die andere Auffassung gelegen hat[1]).

1) Auch Ryck a. a. O. § 78 kommt zu dem Resultate, dass vis maior und casus identisch sind und dass auch der Recipient nur für culpa und diligentia, nicht für casus einzustehen hat. Ueber die Schwierigkeit, welche sich aus l. 3 § 1 D. naut. 4, 9 ergiebt, kommt er dabei allerdings, wie mir scheint, etwas leicht fort. Die Aeusserung soll nach ihm nichts Anderes bedeuten, als dass der Gläubiger eben nicht für casus, sondern nur für diligentia haftet.

§ 11.

Vis maior in den Reichsgesetzen.

Bei der Untersuchung des Begriffes der höheren Gewalt in den Reichsgesetzen steht man einer etwas veränderten Aufgabe gegenüber. Denn wenn es nach römischem Rechte mindestens streitig bleibt, ob vis maior und casus nichts sein sollen als zwei verschiedene Ausdrücke für denselben Begriff, so ist es unzweifelhaft, dass die Reichsgesetze unter höherer Gewalt etwas anderes als den gemeinen Zufall verstanden wissen wollen. Zwar ist andererseits die Absicht und Meinung des Gesetzgebers gleichzeitig auch dahin gegangen, als höhere Gewalt die vis maior aus der Lehre vom receptum in die Reichsgesetze einzuführen, aber das gäbe, auch wenn man in meinem Sinne die römische vis maior als Zufall auffasst, noch kein Recht, dieselbe Auffassung in die Reichsgesetze zu übertragen. Der Gesetzgeber ging von einem Unterschiede zwischen casus und vis maior auch für das römische Recht aus, und nicht das, was vis maior ist, sondern was er dafür hielt, hat er zu einem Rechtsbegriffe erheben wollen. Es bleibt also stehen: die höhere Gewalt der Reichsgesetze soll etwas anderes als casus sein. Welcher positive Begriff sonst mit dem Ausdrucke höhere Gewalt verbunden ist und ob in den Gesetzen diese oder jene der erörterten Theorien oder etwa noch eine andere Auffassung adoptirt ist, bleibt dabei noch eine offene Frage. Aber es entsteht von vornherein ein anderes Dilemma. Ich habe zu zeigen versucht, dass der Begriff ganz unabhängig von seiner Be-

deutung im römischen Rechte im Sinne eines potenzirten casus sowohl wie einer besonderen Art von Ereignissen überhaupt ohne Halt ist. Entweder ist das falsch oder der Begriff, obschon er in den Reichsgesetzen anerkannt ist, hat auch dort gleichwohl nur eine nominelle Existenz: einem Begriffe ohne Realität kann solche auch nicht durch den Willen des Gesetzgebers gegeben werden. Es wird zu untersuchen sein, was zunächst der Gesetzgeber, dann die Wissenschaft und weiterhin die Praxis unter der höheren Gewalt der Reichsgesetze verstehen mögen, und ob es der einen oder der anderen dieser Instanzen gelungen ist, dem vom Gesetzgeber gewollten Begriffe eine selbstständige Bedeutung zu geben, oder ob trotz allem nichts anderes als der Gegensatz von culpa und casus zum Vorschein kommt. Für casus haftet zwar auch der Recipient des römischen Rechtes, nämlich für die ohne seine Schuld von seinen Leuten und Passagieren verschuldeten Beschädigungen und Verluste an fremden Sachen. Desshalb brauchen aber die übrigen nicht vertretbaren Unfälle noch nicht vom casus verschieden zu sein. Auch die Reichsgesetze könnten daher unter einer Haftung bis zur vis maior eine Haftung für die facta der Leute und Passagiere verstehen, während alle sonstigen zufälligen Schäden und Verluste unter der Bezeichnung vis maior nicht vertreten zu werden brauchten. Indessen dies ist offenbar die Meinung der Reichsgesetze nicht.

Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch spricht von einer Haftung bis zur höheren Gewalt in Art. 395:

> »Der Frachtführer haftet für den Schaden, welcher durch Verlust oder Beschädigung des Frachtguts seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist, sofern er nicht beweist, dass der Verlust oder die Beschädigung durch höhere Gewalt (vis maior)

oder durch die natürliche Beschaffenheit des Guts, namentlich durch inneren Verderb, Schwinden, gewöhnliche Leckage u. dgl. oder durch äusserlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstanden ist.

Für Kostbarkeiten, Gelder und Werthpapiere haftet der Frachtführer nur dann, wenn ihm diese Beschaffenheit oder der Werth des Guts angegeben ist.«

und in Art. 607:

»Der Verfrachter haftet für den Schaden, welcher durch Verlust oder Beschädigung der Güter seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist, sofern er nicht beweist, dass der Verlust oder die Beschädigung durch höhere Gewalt (vis maior) oder durch die natürliche Beschaffenheit der Güter, namentlich durch inneren Verderb, Schwinden, gewöhnliche Leckage u. dgl., oder durch äusserlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstanden ist.

Verlust und Beschädigung, welche aus einem mangelhaften Zustande des Schiffes entstehen, der aller Sorgfalt ungeachtet nicht zu entdecken war (Art. 560 Abs. 2), werden dem Verluste oder der Beschädigung durch höhere Gewalt gleichgeachtet.«

THÖL[1]) ist zwar der Ansicht, dass der Zusatz »vis maior« in diesen beiden Artikeln nicht so zu verstehen sei, dass das römische Recht hier nachgesehen oder gar untersucht werden solle, sondern nur dahin, dass höhere Gewalt nicht mit Zufall gleichbedeutend zu nehmen sei. Bliebe indessen ein Zweifel, so würde er jedenfalls durch die Verhandlungen der Kommission zur Berathung des

1) THÖL, Handelsrecht Bd. III § 27.

Handelsgesetzbuches beseitigt. In dieser Kommission ergab sich[1]) eine Meinungsverschiedenheit darüber, ob man dem Frachtführer nur die Pflicht auferlegen solle, »dass er mit der höchsten Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers einzustehen habe, — oder ob man ihm auch die Pflicht der Tragung des Zufalles, Fälle der höheren Gewalt ausgenommen, aufzulegen habe«. Zu Gunsten der milderen Ansicht wurde geltend gemacht, »die Pflicht des Fuhrmanns könne nicht so weit gehen, dass man ihn wie aus dem receptum für den Zufall, für Diebstahl etc. einstehen lassen dürfe«. Die Verhältnisse des Fuhrmanns und Schiffers seien nicht gleich, »der letztere könne leichter für Diebstahl etc. einstehen, da er die Waaren in dem abgeschlossenen und nicht jedermann zugänglichen Raume seines Schiffes aufbewahre«. Die Mehrheit der Kommissionsmitglieder sprach sich jedoch »für das strengere System aus, nach welchem von dem Fuhrmann und Flussschiffer ebenso wie von dem Seeschiffer die volle Haftung aus dem receptum zu tragen sei. — Der Grund, warum im gemeinen Rechte die so weitgehende Haftung aus dem receptum statuirt werde, liege nämlich nicht in einer Rücksicht auf Schiff und Geschirr, sondern in einem Misstrauen gegen die betreffenden Personen und in dem Umstande, dass man kein Mittel habe, ihre Thätigkeit, Sorgfalt und Wachsamkeit zu kontroliren«. Die weit überwiegende Mehrheit entschied sich desshalb dafür, den Frachtführer für den durch Verlust oder Beschädigung des Frachtgutes entstandenen Schaden haften zu lassen, wenn er nicht beweist, »dass derselbe durch unabwendbare höhere Gewalt (vis maior) oder durch inneren Verderb u. s. w. entstanden sei«.

Bei der dritten Lesung[2]) traten sich abermals die

1) Protokolle S. 794.
2) Protokolle S. 4693.

beiden Meinungen gegenüber. Es wurde von einer Seite beantragt, den Frachtführer nur dann für haftfrei zu erklären, wenn er den Umstand bewiese, durch welchen der Verlust oder die Beschädigung entstanden sei, und dass er diesen Umstand durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht habe abwenden können. Der Antrag bezwecke, wie bemerkt wurde, »hauptsächlich das Dunkel aufzuklären, welches bisher darüber geschwebt habe, was hier unter vis maior zu verstehen, und es sei gewiss an der Zeit, dieses Dunkel endlich aufzuhellen; denn so lange nicht feststehe, welche Zufälle zu den unabwendbaren zu zählen und somit im Sinne des Gesetzes als vis maior anzusehen seien, werde es an der erforderlichen Rechtssicherheit fehlen. Um aber den beabsichtigten Zweck zu erreichen, sei es dringend erforderlich, dass zuvor genau feststehe, wie weit der Frachtführer in dem Versuche, Verlust und Beschädigungen von dem ihm anvertrauten Gute abzuwenden, zu gehen schuldig sei, denn das Vorhandensein einer vis maior, beziehungsweise die Nichtabwendbarkeit eines Ereignisses, darf nicht erst dann als vorhanden angesehen werden, wenn die Abwendung der letzteren absolut unmöglich gewesen, sondern schon dann, wenn sie im Hinblick auf diejenigen Kräfte, welche dazu hätten aufgeboten werden müssen, also nach Massgabe der concreten Verhältnisse sich als unausführbar darstellen«. Dem gegenüber wurde darauf hingewiesen, dass man den Absender nicht in die Lage bringen dürfe, entweder auf jede Gegenbeweisführung zu verzichten oder den Beweis führen zu müssen, dass doch da oder dort etwas seitens des Frachtführers versäumt sei. Der Absender könne dem Frachtgute nicht folgen und sich der zur Führung des Gegenbeweises erforderlichen Thatsachen und Beweismittel nicht versichern. Die Untersuchung darüber

müsse abgeschnitten werden, ob der Frachtführer die nöthige Sorgfalt aufgewendet habe oder ob ihn ein Verschulden treffe. Man müsse davon ausgehen, »dass der Frachtführer das Gut mit der Zusage übernehme, er werde dasselbe in unversehrtem Zustande abliefern (rem salvam fore). Dies schliesse nicht aus, dass man diese Zusage dahin verstehe, dass der Frachtführer nur etwas menschlich Mögliches leisten wolle, also für ein Ereigniss keine Haftung übernehme, dem menschliche Kräfte überhaupt nicht zu widerstehen vermöchten, und dass er mit dem Nachweise eines solchen Ereignisses von der Haftung für den eingetretenen Schaden frei sei. Daraus ergebe sich auch, dass der Begriff der vis maior nicht an Dunkelheit leide« ... Von einem anderen Mitgliede, dass sich für die Fassung des Seerechtes aussprach, wurde bemerkt: »Das Wesentliche der Haftung für vis maior bestehe allerdings darin, dass der Frachtführer mit dem allgemeinen Nachweise angewandter Diligenz nicht freikomme, vielmehr jedenfalls die Entstehungsursache des Schadens nachweisen müsse; er sei frei, wenn er daneben darlegen könne, dass dieser Schade aller Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers ungeachtet nicht habe abgewendet werden können, und nur Diebstahl oder Verschulden seiner Leute gelte schlechthin als unentschuldbar. Wiederum von einem anderen Mitgliede wurde nicht einmal zugegeben, dass der Diebstahl nie als höhere Gewalt aufzufassen sei.

Selbst wenn es feststände, was die Kommission unter höherer Gewalt verstanden hat, so wäre es noch immer nicht unbedenklich, die Auffassung der Kommission auch als die Auffassung des Gesetzgebers zu behandeln. Allein es ist klar, dass es dem Begriffe, wie er der Kommission vorschwebte, an jeder bestimmten Gestalt fehlte. Es sollte im Sinne der Mehrheit nicht genügen, dass der Fracht-

führer die Sorgfalt des ordentlichen Frachtführers aufgewendet hätte, der Frachtführer sollte der Regel nach für casus haften. Aber den Kriterien der Ausnahme kommt man dadurch nicht näher. Selbst von der Seite, welche die Frage nach der Sorgfalt und der Verschuldung ganz abschneiden und die strenge Haftung aus dem Versprechen des salvum fore herleiten will, wird doch wieder der Nachweis nachgelassen, dass dem Ereignisse menschliche Kräfte überhaupt nicht widerstehen könnten, und damit ein Zugeständniss gemacht, durch das, wenn man den menschlichen Kräften näher tritt, die Diligenz wieder ihren Einzug hält. So verschwimmt der Begriff der höheren Gewalt völlig in das Ungewisse. Ebenso unbestimmt bleiben auf der anderen Seite die unbedingt vertretbaren Ereignisse. Diebstahl »etc.« werden wiederholt als solche bezeichnet. Wenn man nur wüsste, was hinter dem »etc.« steckt!

Auch die Verhandlungen der Seerechtskommission über den jetzigen Art. 607 H. G. B. führen zu keinem klareren Ergebnisse[1]).

Es bleibt sonach übrig, dass das Handelsgesetzbuch sich an das römische receptum, wie man es auffasste, anschliessen wollte, dass man annahm, dass das römische Recht casus und vis maior unterschied und dass also, wo letztere nicht vorlag, jedenfalls bis in das Gebiet des casus

1) Ein Kommissionsmitglied nahm (cf. Protokolle S. 2286) Haftung des Schiffers aus dem receptum in folgendem Falle an: Ein Schiffer liefert Theekisten mit stinkendem, also beschädigtem Thee ab; der Thee war ihm unbeschädigt überliefert und nur durch die Nachbarschaft einer anderen Kiste inficirt, in welcher sich innerlich schlecht verpackte Apothekerwaaren befanden, die fälschlich als Kaufmannsgüter deklarirt waren; ein Verschulden traf weder den Schiffer noch seine Leute. Exner (a. a. O. S. 37, 38), erblickt auch darin einen Beweis für seine Theorie. Indessen es erhellt weder, dass der Fall von der Kommission ebenso beurtheilt sein würde, noch wird der Gedankengang jenes Mitgliedes ersichtlich.

gehaftet werden sollte. Der Recipient des römischen Rechtes haftete unstreitig für die ohne sein Verschulden schuldhafterweise von seinen Leuten und Passagieren herbeigeführten Beschädigungen und Verluste. Aber die herrschenden Theorieen verstanden unter der Haftung bis zur höheren Gewalt nicht die Haftung für casus mit Ausnahme jener sich auf die eigenen Leute und Passagiere zurückführenden Unfälle. Damit die vis maior eine solche wäre, schien zum casus noch ein weiteres Moment hinzukommen zu müssen, das ihr ihren eigenthümlichen Charakter gäbe. Dies ist bei der Vergleichung der Reichsgesetze mit dem römischen Rechte und unter sich immer festzuhalten, und es ist bereits mehrfach betont, dass der Begriff der vis maior keine Schwierigkeit bieten würde, wenn sie nichts wäre als der Rest der casuellen Unfälle abzüglich ganz bestimmter unbedingt vertretbarer Ereignisse. Sie wäre dann schlechterdings einfacher casus, weil ihr Wesen allein dadurch bedingt würde, dass sie durch blosse Diligenz nicht abwendbar wäre. Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt also nicht auf Seiten der Frage, welche casuellen Ereignisse zu vertreten sind, sondern auf Seiten der anderen Frage, welches Besondere hinzukommen muss, damit gewisse Ereignisse zur vis maior werden, und um diese letztere Frage dreht sich auch der ganze Streit der verschiedenen Theorieen. Gleichwohl bleibt auch jene erste Seite nicht ohne Bedeutung, insofern sie das Gebiet, auf dem allein von vis maior die Rede sein kann, beschränkt. Es wird daher bei der Untersuchung, inwieweit die Haftung aus dem römischen receptum in die Reichsgesetze übergegangen ist, immer auch auf diese Seite Rücksicht zu nehmen sein. In dieser Beziehung aber fällt es sofort auf, dass der Art. 400 H. G. B. die Haftung des Frachtführers für seine Leute noch besonders vorschreibt, diese

Haftung also nicht schon von selbst durch die Haftung bis zur höheren Gewalt für gegeben erachtete. Desshalb wird weiter aber, weil eine gleiche Bestimmung für die Passagiere fehlt, ein unbedingtes Einstehen für diese nach dem Handelsgesetzbuche auch nicht angenommen werden dürfen. Das Handelsgesetzbuch nennt ferner als Befreiungsgrund neben der höheren Gewalt auch den Verlust und die Beschädigung durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes, namentlich durch inneren Verderb, Schwinden und gewöhnliche Leckage. Es rechnet sonach Verluste der letzteren Art nicht zur höheren Gewalt; nach römischem Rechte würden sie, wie mors und morbus, zur vis maior gehören. Bei Kostbarkeiten, Geldern und Werthpapieren cessirt nach Art. 395[2] und 608 die strenge Haftung des Frachtführers und Schiffers, wenn ihm jene Beschaffenheit oder der Werth des Gutes nicht besonders angegeben ist. Dem römischen Rechte war eine solche Bestimmung unbekannt. Diese und einige andere geringere Differenzen zwischen der Haftung nach dem Handelsgesetzbuche und aus dem receptum vermehren die Schwierigkeit, den Begriff der höheren Gewalt im Sinne des Handelsgesetzbuches klarzustellen. Vollends aber bietet das Handelsgesetzbuch keinen Anhalt, um aus ihm heraus die eigenthümlichen Kriterien der vis maior zu gewinnen. Mag es auch richtig sein, dass die Berathungen der Kommission mehr dafür zu sprechen scheinen, dass die Frage nach der Diligenz ganz abgeschnitten werden sollte, so kommen doch die Schriftsteller über das Handelsrecht fast ausschliesslich auf die subjective Theorie zurück.

Thöl[1]) hält es zwar für klar, dass der Frachtführer mit dem Beweise der diligentia diligentissimi patrisfamilias nicht abkommen solle. Auf der anderen Seite soll aber

1) Thöl a. a. O.

wieder höhere Gewalt dann vorliegen, wenn der Frachtführer gethan hat, »was irgend menschenmöglich war, so dass darüber hinaus kein Mensch verpflichtet werden kann«. Das ist freilich auch noch recht unbestimmt, aber es heisst dann weiter: »Der Grund, wesshalb er (der Frachtführer) für den absolut unabwendbaren Unfall nicht einstehen soll, kann doch kein anderer sein, als der, dass ihn hier kein Vorwurf treffen kann; diesem Falle muss aber der gleichgestellt werden, wo es ganz klar ist, dass ihn auch bei Anlegung des strengsten Massstabes, auch wenn man von ihm die alleräusserste Anstrengung, Sorgfalt, Peinlichkeit, wie sie nur irgend möglich ist, verlangt, kein Vorwurf trifft. In solchen Fällen, wo man sagen muss: darauf konnte er nicht gefasst sein, soweit brauchte er nicht vorzubeugen, haftet er ebenfalls nicht.« Damit ist man also wieder bei der diligentia exactissima oder richtiger bei der diligentia boni patrisfamilias. Gewiss richtig ist es aber, wenn bei THÖL als der eigentliche Grund für das Postulat der Unabwendbarkeit die Vorwurfsfreiheit erscheint[1]). HAHN[2]) geht davon aus, dass der Frachtführer, da er den Transport übernimmt und sich verpflichtet, das Gut unbeschädigt an den Ablieferungsort zu schaffen, für den Erfolg einzustehen hat. Hieraus leitet er eine unbedingte Haftpflicht des Frachtführers für die Transportmittel und das ordnungsmässige Functioniren derselben her. Bricht eine Achse, reisst ein Strick, zerbricht die Locomotive, so soll sich der Frachtführer nicht auf seine Sorgsamkeit

1) THÖL unterscheidet drei Kategorien von Unfällen, die von der Haftung frei machen und demgemäss höhere Gewalt sind: 1. unter allen Umständen absolut unabwendbare, 2. unter den vorhandenen Umständen unabwendbare Unfälle und 3. solche Unfälle, die den absolut unabwendbaren nahe kommen. Einen Werth hat diese ganz undurchführbare Eintheilung nicht.

2) HAHN, Commentar zum Handelsgesetzbuche zu Art. 395 § 9 ffg.

berufen dürfen und insofern für casus haften[1]). Wenn dagegen die Transporthandlungen und die Transportmittel an sich zur unbeschädigten Transportirung des Gutes geführt hätten, dann aber ein unabwendbares Ereigniss eintritt, welches gleichwohl die Ausführung des übernommenen Werkes unmöglich macht, so soll der Frachtführer wegen höherer Gewalt frei sein. Das »höher« bezeichne das Verhältniss zu der dem Ereignisse entgegenzusetzenden Widerstandskraft. Der zu leistende Widerstand könne aber nicht die denkbar weitesten Vorkehrungen umfassen. Wenn der Frachtführer allen Schaden tragen solle, der durch irgend welche Vorkehrungen vermeidbar wäre, so müsste er entweder alle jene Vorkehrungen treffen, z. B. bombenfeste Güterschuppen bauen und darnach den Frachtlohn berechnen, was wirthschaftlich unmöglich sei und hinsichtlich der Kosten in keinem Verhältnisse zum Erfolge stände, oder er müsste den Schaden riskiren und für das Risiko als Versicherer auftreten, was weder in der Absicht der Contrahenten liege, noch sich namentlich bei kleinerem Gewerbsumfange für den Frachtführer eigne. Man müsse annehmen, dass der Transport präsumtiv in der für die einzelne Transportart gemäss der allgemeinen Verkehrsanschauung als ordnungsmässig erkannten Weise als Vertragsgegenstand gemeint sei. Mit dieser Auffassung soll auch das Gesetz im Einklange stehen. Dasselbe versteht nach HAHN unter höherer Gewalt die äusseren Ereignisse, deren schädigende Ein-

1) Aus der Uebernahme des Transportes und der Verpflichtung, das Gut unbeschädigt an den Ablieferungsort zu schaffen, die unbedingte Haftung herzuleiten, läuft auf eine petitio principii hinaus. Der römische Frachtführer, der auch einen Transport übernahm, haftete nur für Diligenz. Wenn aber die Uebernahme unbedingter Haftung angenommen werden dürfte, so ist wieder nicht abzusehen, wesshalb hier dies nur rücksichtlich der Transportmittel und Transporthandlungen der Fall sein soll.

wirkung auf das Gut durch Vorkehrungen, die zu dem dadurch zu erreichenden Erfolge nach der allgemeinen Verkehrsanschauung in vernünftigem Verhältnisse stehen, nicht vermindert werden kann. Solche Ereignisse sind aber casus, weil, wer jene Vorkehrungen nicht ergreift, sich lediglich in culpa befindet, und von einem objectiven Massstabe, den HAHN für seinen Begriff in Anspruch nimmt, hat derselbe nur gerade so viel an sich, als dem Massstabe des diligens paterfamilias eigenthümlich ist. Zwar nennt HAHN die Ereignisse, welche unter seinen Voraussetzungen höhere Gewalt sein sollen, äussere Ereignisse und stellt sie als solche in den Gegensatz zu den Transportmitteln und Transporthandlungen. Der casus, um den es sich bei jenen äusseren Ereignissen handelt, wirkt, wie HAHN sagt; von aussen her auf das Gut ein und steht eben als ein von aussen kommender mit den vom Frachtführer vorzunehmenden Handlungen nicht im Kausalzusammenhange. Indess die Unsicherheit dieses Kriteriums der äusseren Provenienz ist, abgesehen davon, dass es jedenfalls der vis maior der Quellen nicht entspricht und auch im Handelsgesetzbuche keinen Anhalt findet, bereits oben[1]) nachgewiesen. COSACK[2]) giebt zu, dass im Gesetze selbst nicht gesagt sei, dass der sich als höhere Gewalt qualificirende Unfall ausserhalb des Frachtbetriebes entstanden sein müsse, hält aber dies Erforderniss fest, weil sonst, wie man auch die Sache wenden möge, der Frachtführer frei werde, wenn er einfach Diligenz prästire. Auch COSACK sagt jedoch nicht, wonach das ausserhalb oder innerhalb beurtheilt werden soll; rein räumlich aber soll es nicht zu verstehen sein, und die im Schiffe explodirende Höllen-

1) cf. S. 137 ffg.

2) COSACK, Lehrbuch des Handelsrechts. S. 307 ffg.

maschine, entgegen der Ansicht EXNERs, zu den äusseren Unfällen gehören.

Bei den Artikeln 395 und 607 H. G. B. handelte es sich um Ansprüche aus dem receptum. Zwei Contrahenten stehen einander gegenüber, von denen der eine die Verpflichtung übernommen hat, von ihm recipirte Güter des andern zu bewahren und zurückzuliefern. Kein auch nur irgend analoges Verhältniss wird durch den § 1 des Reichs-Haftpflicht-Gesetzes geordnet:

> »Wenn bei dem Betriebe einer Eisenbahn ein Mensch getötet oder körperlich verletzt wird, so haftet der Betriebsunternehmer für den dadurch entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist, dass der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden des Getöteten oder Verletzten verursacht ist.«

Nicht auf den Schutz von Sachgütern gegen Verlust und Beschädigung ist es abgesehen, sondern auf den Schutz von Personen gegen Tod und Verletzung. Zu diesen Personen gehört nicht nur der Reisende, der wenigstens einen Beförderungsvertrag mit dem Eisenbahnunternehmer abgeschlossen hat, sondern auch der Angestellte der Bahn und überhaupt jeder Mensch ohne Rücksicht, ob er in irgend einem Verhältnisse zu dem Bahnunternehmer steht. Lediglich das Gesetz schafft hier eine Verpflichtung, die custodia-Haftung mit allem, was für das receptum mit Recht oder Unrecht daraus hergeleitet wird, tritt zurück. Auch die ratio, welche dem § 1 zu Grunde liegt, ist eine andere. Könnte auch hinsichtlich des Reisenden und Angestellten noch gesagt werden, dass sie sich dem Eisenbahnunternehmen anvertrauen müssen und nothgedrungen von Factoren abhängig werden, die sie nicht übersehen und beherrschen können, so fällt doch dieser Gesichts-

punkt rücksichtlich des geschädigten Dritten vollständig fort. Der wesentliche Grund für die strenge Haftung des Eisenbahnunternehmers liegt in der grossen Gefährlichkeit seines überdies monopolisirten Betriebs. Damit hängt es zusammen, dass der Betrieb, von welchem der § 1 spricht, in einem weit engeren Sinne aufzufassen ist, als der Betrieb der Gastwirthschaft oder der Schifffahrt, um die es sich bei dem receptum handelt. Der Betrieb des § 1 umfasst nur diejenigen Betriebshandlungen, mit denen die besonderen Gefahren verbunden sind, welche der Beförderung auf der Bahn eigen sind, sodass also beispielsweise das Beladen stillstehender Wagen, das Abrollen von Gütern in die Speicher, die Arbeit in den Werkstätten der Bahn und die hierbei sich ereignenden Tötungen und Verletzungen dem § 1 nicht unterliegen[1]). Nur insofern jene Betriebshandlungen im engeren Sinne in Frage kommen, tritt Haftung bis zur höheren Gewalt ein, spielt also die höhere Gewalt eine Rolle.

Sind es aber gerade die der Beförderung mit der Eisenbahn eigenthümlichen Gefahren, gegen die § 1 schützen soll, so wird die blosse Unabwendbarkeit nicht genügen dürfen, um regelmässige Betriebsgefahren zur vis maior zu erheben. Der § 25 des Preussischen Gesetzes über die Eisenbahnunternehmungen vom 3. November 1838, welcher der Bestimmung des § 1 des R. H. G. zum Grunde liegt, enthielt die ausdrückliche Bestimmung, dass die gefährliche Natur der Unternehmung selbst als ein solcher von dem Schadensersatze befreiender Zufall nicht zu betrachten sei. Man nahm diese Bestimmung in den § 1 nicht mit auf, nicht weil man sie nicht gebilligt hätte, sondern weil man davon ausging, dass sie bereits

1) cf. EGER, das Reichs-Haftpflicht-Gesetz zu § 1 zu den Worten »bei dem Betriebe«.

aus dem § 1 folge. Damit ist für das Reichshaftpflichtgesetz eine Kategorie von Unfällen gegeben, denen gegenüber der Einwand der höheren Gewalt nicht zugelassen wird, die also insofern den Begriff derselben begrenzen. Der Haftung aus dem receptum und meines Erachtens auch der Haftung aus den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches ist diese Beschränkung fremd, deren nähere Begrenzung für Theorie und Praxis freilich zu neuen Schwierigkeiten geführt hat. Ein bei der Berathung des R. H. G. gestellter Antrag, wonach der Betriebsunternehmer insbesondere auch für die durch seine Angestellten und Arbeiter bei Gelegenheit ihrer Dienstverrichtungen verursachten Beschädigungen eines Menschen für haftbar erklärt werden sollte, wurde als überflüssig abgelehnt. In dieser Beziehung ist sonach die Analogie mit der Haftung ans dem receptum aufrecht erhalten. Anders ist es mit den Passagieren. Eine unbedingte Haftung für diese wird sich aus dem R. H. G. nicht herleiten lassen, schon desshalb nicht, weil die Tötung oder körperliche Verletzung eines Menschen durch einen Passagier regelmässig gar nicht zu den Betriebsunfällen, mit denen es § 1 allein zu thun hat, gehören wird.

Der Ausdruck höhere Gewalt selbst ist in den § 1 R. H. G. aus dem Handelsgesetzbuche herübergenommen. Der § 25 des Preussischen Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838 sprach vom »unabwendbaren äusseren Zufall«, der Entwurf des R. H. G. schlug statt dessen höhere Gewalt vor, und der Bundescommissar Dr. FALK motivirte dies damit, dass bereits ein Reichsgesetz, das Handelsgesetzbuch, für ganz anologe Fälle den Ausdruck höhere Gewalt gebrauche und die verbündeten Regierungen es nicht für geeignet hielten, für die Reichsgesetzgebung von dem eigenen Sprachgebrauche auf die Ausdrucksweise

eines Landesrechtes zurückzugehen. Im Uebrigen verzichtete er auf eine Definition des Begriffes: »Es ist das eben einer der Begriffe, die ihren wahren Inhalt nur empfangen können im einzelnen Falle; sie lassen sich nicht abstract definiren.« Im Uebrigen verwies er empfehlend auf LEHMANN[1]), der sich de lege ferenda dahin ausgesprochen hatte: »Der Richter wird den rechten Weg gehen, wenn er den Begriff »vis maior« eng auffasst und von der Bahn den Nachweis eines von aussen kommenden, seiner Natur nach oder nach Lage der Sache unabwendbaren Ereignisses verlangt.« Die Abgeordneten LASKER und Gen. wollten an Stelle der höheren Gewalt, die nicht bestimmt genug schien, wieder den nach ihrer Ansicht objectiven Ausdruck »äusserlich unabwendbarer Zufall« setzen. Dem gegenüber bezog sich der Dr. FALK auf eine Entscheidung des Obertribunals aus dem Jahre 1863, in der es heisst: »Als unabwendbarer äusserer Zufall, worunter die Entstehung des Schadens durch ein Ereigniss höherer Gewalt verstanden werden muss« . . .[2])

ENDEMANN[3]) hebt hervor, dass die bei den Verhandlungen des Reichtages gemachten Versuche zur Präzisirung des zweifelhaften Begriffes vergeblich gewesen seien, und dass vollends die Erwägungen des Bundesrathes und der freien Reichstagskommission keinen genügenden Anhaltspunkt böten. Am meisten praktischen Erfolg scheint es ihm zu versprechen, wenn man sich zwecks Gewinnung einer bestimmteren Definition auf die Aussprüche der höchsten reichsgerichtlichen Instanzen stützt. Von diesem Standpunkte aus, bei welchem das sonst übliche Verhält-

1) GUSTAV LEHMANN, Körperverletzungen und Tödtungen auf deutschen Eisenbahnen pp.

2) cf. EGER a. a. O. zu den Worten »durch höhere Gewalt«

3) ENDEMANN, die Haftpflicht der Eisenbahnen etc. S. 54 ffg.

niss swischen Theorie und Praxis gewissermassen umgekehrt wird, kommt er zunächst zu dem Satze, dass der Unternehmer unbedingt für den guten Zustand seiner Anlagen und Betriebsmittel haftet, ohne sich auf die Unabwendbarkeit eines Mangels derselben berufen zu können; fügt freilich dem hinzu und stellt damit das Resultat, dass man gewonnen zu haben glauben könnte, wieder in Frage: Der Unternehmer »muss für die gehörige Beschaffenheit sorgen; freilich nicht für absolut vollkommene, jede denkbare Sicherheitsmassregel beobachtende, sondern für eine den Verhältnissen entsprechende«. Der Betriebsunternehmer soll ferner unbedingt für die Handlungen seiner Leute haften, und zwar zweifellos für die dienstlichen Handlungen, unter gewissen Voraussetzungen aber auch für die ausserdienstlichen. Dagegen müssen zwar nicht unbedingt aber können als höhere Gewalt erscheinen Naturereignisse, »die unabhängig von unmittelbarer menschlicher Einwirkung durch elementare Kräfte herbeigeführt werden,« wenn sie unabwendbar waren und »wenn sich zugleich ergiebt, dass auch die schädigenden Folgen des Naturereignisses bei Anwendung voller Sorgfalt und den Verhältnissen entsprechenden Mittel nicht abzuwenden waren,« sowie unter denselben Voraussetzungen die Handlungen Dritter. Es soll immer darauf ankommen, ob von der Eisenbahnverwaltung alles gethan worden ist, was ihre Sorgfalt erheischt und unter den obwaltenden Umständen zu thun möglich war. Das heisst, die Eisenbahnverwaltung haftet für culpa.

Nach Eger[1]) sind durch Theorie und Praxis als die beiden objectiven Requisite für den Begriff der höheren Gewalt die Unabwendbarkeit und die Unvermeidlichkeit

1) Eger a. a. O.

des Ereignisses resp. seiner Schadensfolgen durch menschliche Vorsicht und Bemühungen hingestellt. Dass unter der menschlichen Vorsicht und Bemühung nur derjenige Grad derselben zu verstehen sei, »welcher nach der allgemeinen Verkehrsanschauung zu dem zu erreichenden Erfolge in einem vernünftigen Verhältnisse steht,« soll nicht als eine Schwäche der Definition angesehen werden dürfen, weil der Richter bei der Bestimmung zahlreicher anderer Begriffe namentlich im Handelsrechte gleichfalls »auf die Berücksichtigung dieses relativen Factors der allgemeinen und vernünftigen Verkehrsanschauung« angewiesen sei[1]). Gleichwohl soll es auch dem Begriffe nicht an absoluten Momenten fehlen, da jene beiden objectiven aus dem Grundsatze des receptum sich ergebenden Requisite die Sätze in sich schlössen: »1. Der Betriebsunternehmer haftet unbedingt für die Handlungen seiner Leute in Ausübung ihres Dienstes und für Mängel seiner Betriebs- und Transportmittel (den sogen. inneren Zufall),« wobei die Einrede der höheren Gewalt ausgeschlossen sei und »2. der Betriebsunternehmer haftet nur bedingt für Naturereignisse und Handlungen dritter Personen (den sogen. äusseren Zufall), d. h. dergestalt, dass er diese Ereignisse bezw. Handlungen nur dann vertritt, wenn sie durch irgend mögliche, der allgemeinen Verkehrsanschauung und dem vernünftigen Verkehrswillen entsprechende Mittel, sowie durch die nach den Umständen gebotene Vorsicht abgewendet, abgewehrt oder doch in ihren Folgen unschädlich gemacht werden konnten.«

1) Die Schwäche beruht nicht in der Berücksichtigung der allgemeinen Verkehrsanschauung, sondern darin, dass man meint, in der Vorsicht und Bemühung, welche nach der allgemeinen Verkehrsanschauung zu dem zu erreichenden Erfolge in einem vernünftigen Verhältnisse steht, einen besonderen von der Diligenz des bonus paterfamilias verschiedenen Massstab zu haben.

Der Schwerpunkt für den Begriff der höheren Gewalt liegt, wie oben bemerkt, in dem zweiten Satze. EGER allerdings leitet die unbedingte Haftung für Handlungen der Leute in Ausübung des Dienstes und für Mängel der Betriebs- und Transportmittel aus dem Kriterium der Unabwendbarkeit und Unvermeidlichkeit her. »Die vernünftige Verkehrsanschauung erfordert nach den Principien des receptum einen so hohen Grad der Haftung des Frachtführers, dass er für die fehlerfreien Functionen aller Organe seines Betriebes, Menschen und Sachen, unbedingt einstehen muss.« »Die Functionen seiner Leute und Betriebsmittel stehen in so enger Beziehung zu seinen eigenen Handlungen, dass rechtlich der Unternehmer, seine Leute und Betriebsmittel, überhaupt alle seine Betriebsorgane als ein untrennbares Ganzes erscheinen, die Handlungen resp. Functionen der letzteren mithin rechtlich so beurtheilt werden, als habe sie der Betriebsunternehmer selbst vorgenommen. Jedes Verschulden seiner Leute im im Dienste resp. jede mangelhafte Function der Betriebsmittel stellt sich somit rechtlich als ein eigenes Verschulden des Unternehmers dar.« Abwendbarkeit und Vermeidlichkeit werden also gewissermassen fingirt. Alles dies soll schon aus dem römischen receptum folgen und daher für das Handelsgesetzbuch nicht minder Geltung haben wie für das Reichshaftpflichtgesetz. »Die Fiction der Identificirung des Unternehmers mit seinen Dienstorganen« liegt aber der Bestimmung des römischen Rechtes nicht zum Grunde, wie schon daraus folgt, dass es die unbedingte Haftung des Recipienten nicht bloss für die Dienstleute, sondern in ganz gleichem Umfange auch für die Passagiere und hinsichtlich der Dienstleute nicht bloss für ihre dienstlichen Handlungen annimmt.

Was aber die Haftung für Naturereignisse und für

Handlungen Dritter anlangt, so ist diese auch in der Formulirung von EGER nichts als die Haftung für Diligenz[1]). EGER sagt schliesslich, eine abstracte Definition des Begriffes der höheren Gewalt sei desshalb nicht möglich, weil die Definition von einem veränderlichen Factor abhänge, nämlich von der Möglichkeit abwehrender Vorkehrungen gegen die Einwirkung von aussen kommender Zufälle auf den Betrieb nach Zeit, Ort und Umständen, und diese Möglichkeit nach der fortschreitenden Vervollkommnung menschlicher Einrichtungen eine fortwährend wechselnde sei; betriebsgefährliche Ereignisse, die vor Erfindung der Blitzableiter, der Nothsignale der fahrenden Züge u. s. w. sich unbedingt als unabwendbarer äusserer Zufall und so-

---

1) Man betrachte nur einige der EGERschen Beispiele. So das Beispiel von dem Locomotivführer, den der Blitz erschlägt, und der in Folge dessen führerlos fortrennenden und einen Unfall herbeiführenden Locomotive, von dem er mit LEHMANN (a. a. O. S. 33, 34) sagt: »Ein solches Ereigniss kann selbstverständlich nicht als vis maior angesehen werden. Die Bahn muss alle Schäden tragen. Denn es gebührt sich, dass auf einer Locomotive neben dem Führer sich mindestens noch ein sogen. Feuermann (Heizer) befindet, der im Nothfall, wenn dem Führer etwas zustösst, die Maschine handhaben kann. Eine solche Vorsicht erfordert keinen Aufwand, der im Missverhältniss stände zu dem Betriebskapitale, mit dem gemeinhin die Bahnen auskommen müssen, wenn sie überhaupt bestehen wollen. Dagegen würde es als vis maior anzusehen sein, wenn auch der Substitut des Locomotivführers vom Blitze getroffen würde und nun die ungeleitet fortrennende Locomotive den Unfall herbeiführte, denn man wird nicht beanspruchen können, dass auf der Locomotive jeder Führer noch zwei oder drei Substituten habe, die eventuell für ihn eintreten können.« Wenn die Bahnverwaltung nicht thut, »was sich gebührt«, so heisst das: sie ist in culpa. Oder »der Erdrutsch, Felssturz etc. nimmt nur dann den Charakter der höheren Gewalt an, wenn weder drohende Anzeichen eines solchen wahrgenommen werden, noch auch nach einer dem gegenwärtigen Stande der Technik und vernünftigen Verkehrseinrichtungen entsprechenden Kontrolle wahrgenommen werden konnten«. D. h. mit anderen Worten, der Erdrutsch nimmt nur dann den Charakter der höheren Gewalt an, wenn er trotz Diligenz nicht abwendbar war.

mit als höhere Gewalt darstellten, characterisirten sich heute nicht mehr als solche; aus gleichem Grunde sei auch nicht annähernd abstract zu bestimmen, welches Mass menschlicher Vorsorge seitens des Betriebsunternehmers erforderlich sei, um die trotzdem eintretende Wirkung eines äusseren Ereignisses als höhere Gewalt erscheinen zu lassen. Aber das sind lauter selbstgeschaffene Schwierigkeiten. Genau aus demselben Grunde müsste man behaupten, dass sich auch die Diligenz nicht definiren liesse und dass sich auch nicht annähernd abstract bestimmen liesse, welches Mass menschlicher Vorsorge erforderlich sei, um die trotzdem eintretende Wirkung eines Ereignisses als casus erkennen zu lassen. Man definirt Diligenz abstract, indem man sie als die Sorgfalt bezeichnet, die ein tüchtiger Mann in den gleichen Verhältnissen regelmässig aufwenden wird. Danach kann auch derselbe Mann sich in demselben Falle durch dieselbe Thätigkeit vor Erfindung des Blitzableiters als vir diligens erwiesen haben, der nach Erfindung desselben in grober Schuld sein würde. Der Begriff und dessen Definition bleiben dieselben. Der wahre Grund, wesshalb sich die höhere Gewalt nicht bestimmen lässt, wenn sie etwas anderes als casus sein soll, und wesshalb sich der für den Begriff der höheren Gewalt erforderte Grad der Sorgfalt im Unterschied zur gemeinen Diligenz nicht angeben lässt, liegt in der Unhaltbarkeit des Begriffes, liegt darin, dass die höhere Gewalt in Wahrheit mit dem casus zusammenfällt.

Soweit die Reichspost als Frachtführer handelt, also gewerbemässig den Transport von Gütern ausführt, finden auf sie im Allgemeinen die Bestimmungen des Art. 395 H. G. B. Anwendung. In einer sehr beschränkten Beziehung wird aber durch das Reichspostgesetz die Haftung bis zur höheren Gewalt auch zum Schutze von Personen statuirt.

Nach § 11[2] des Gesetzes über das Postwesen des Deutschen Reiches leistet bei Reisen mit dem ordentlichen Posten die Postverwaltung Ersatz:

> »Für die erforderlichen Kur- und Verpflegungskosten im Falle der körperlichen Beschädigung eines Reisenden, wenn dieselbe nicht erweislich durch höhere Gewalt oder durch Fahrlässigkeit des Reisenden herbeigeführt ist.«

Höhere Gewalt begründet also eine Ausnahme von der der Postverwaltung gegenüber dem Reisenden, also ihrem Mitcontrahenten aus dem Postbeförderungsvertrage, für den Fall körperlicher Beschädigung desselben auferlegten Verpflichtung zum Ersatze der Kur- und Verpflegungskosten. Dass eine Haftung über culpa hinaus beabsichtigt, unter höherer Gewalt nicht Zufall verstanden wurde, wird, abgesehen von der Bedeutung, in welcher die Reichsgesetze von höherer Gewalt überhaupt sprechen, auch noch besonders durch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes bewiesen. Das dem Reichspostgesetze zum Grunde liegende Gesetz über das Postwesen des Norddeutschen Bundes vom 2. November 1867 in § 11[2] und der dem Reichstage vorgelegte Entwurf des Reichspostgesetzes schlossen die Haftpflicht aus, wenn die Beschädigung erweislich durch einen Zufall oder durch die Schuld des Reisenden herbeigeführt ist. Diese Bestimmung wurde vom Reichstage beanstandet und Zufall durch höhere Gewalt ersetzt. Was aber den Sinn, der mit dem Ausdruck höhere Gewalt verbunden wurde, betrifft, so bezeugt DAMBACH[1]), dass man es absichtlich unterlassen habe, Bestim-

1) DAMBACH, Das Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reiches zu § 1 Anm. 6 und zu § 6 Anm. 1. Derselbe ist der Verfasser der Entwürfe zum Gesetze über das Postwesen des Norddeutschen Bundes nicht minder wie zum Reichsgesetze und fungirte ausserdem bei den Berathungen im Norddeutschen Bundestage wie im Reichstage als Bundeskommissar.

mungen darüber, was höhere Gewalt sei, in das Gesetz aufzunehmen oder Beispiele anzuführen, weil man es im Einzelfalle der richterlichen Beurtheilung habe anheimgeben wollen, ob nach Lage der Sache höhere Gewalt anzunehmen sei. DAMBACH selbst sagt: Es müssen unter höherer Gewalt alle solche Ereignisse begriffen werden, denen menschliche Kräfte auch bei der grössten Anstrengung und Sorgfalt nicht zu widerstehen vermögen[1]). Als Beispiele führt er an: Umwerfen des Postwagens durch Sturm, Steckenbleiben desselben im plötzlich eingetretenen Schnee, Angriff durch eine Räuberbande.

Man wird zunächst nicht fehl gehen, wenn man annimmt, dass die Postverwaltung für die Kur- und Verpflegungskosten des beschädigten Reisenden unbedingt aufzukommen hat, wenn die Beschädigung durch die Schuld eines im Fragefalle dienstlich thätigen Postbeamten herbeigeführt ist. Das Reichspostgesetz enthält zwar keine dem Art. 400 H. G. B. entsprechende Bestimmung: die unbedingte Haftung für die eigenen Leute wird aber immer als die nächstliegende Folge der Haftung bis zur höheren Gewalt zu behandeln sein. Dagegen bietet das Postgesetz dafür, dass es etwa nur bestimmte Arten von Ereignissen wären, bei denen die Berufung auf höhere Gewalt statthaft ist, keinen Anhalt, und auch die DAMBACHsche Erklärung macht es nicht möglich, solche Arten von Ereignissen auszusondern. Wird das Steckenbleiben im plötzlich eingetretenen Schnee als ein echter Fall höherer Gewalt angesehen, so würden insbesondere auch solche Ereignisse, mit denen eine Postverwaltung rechnen und auf die sie gefasst sein muss, höhere Gewalt sein können. Es wird auch hier nichts übrig bleiben, als stets den

1) DAMBACH a. a. O. zu § 11 Anm. 9.

concreten Fall zu untersuchen und, abgesehen von der unbedingten Haftung für die eigenen Leute und allenfalls die Passagiere, die Postverwaltung freizusprechen, wenn sie alles gethan hat, was eine tüchtige Verwaltung unter gleichen Umständen gethan haben würde.

Nach § 6 des Reichspostgesetzes bleibt die der Postverwaltung sonst obliegende Verpflichtung, im Falle reglementsmässiger Einlieferung für den Verlust und die Beschädigung von Briefen mit Werthangabe, von Packeten, von recommandirten und zur Beförderung mit Estafette eingelieferten Sendungen dem Absender Ersatz zu leisten, dann ausgeschlossen, wenn der Verlust oder die Beschädigung

> »durch die unabwendbaren Folgen eines Naturereignisses oder durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes herbeigeführt worden ist.«

Hier wird also die befreiende Kraft nicht der höheren Gewalt, sondern nur den unabwendbaren Folgen eines Naturereignisses beigelegt. Insofern diese Folgen aber einen Theil der unabwendbaren Unfälle bilden, die man sonst unter der höheren Gewalt zu begreifen pflegt, gehört auch diese Bestimmung hierher. Es ist jedoch nicht gleichgiltig, dass nicht von dem Verluste oder der Beschädigung durch unabwendbare Naturereignisse, sondern von dem Verluste oder der Beschädigung durch die unabwendbaren Folgen eines Naturereignisses gesprochen wird. Nicht zwar, dass die Befreiung auch einträte, wenn das Naturereigniss selbst abwendbar gewesen wäre und nur die Folgen des einmal eingetretenen Ereignisses nicht hätten abgewendet werden können, vielmehr muss beides zusammentreffen, die Unabwendbarkeit des Ereignisses und die Unabwendbarkeit seiner Folgen. Aber unter der nicht besonders betonten, sondern vorausgesetzten Unabwendbar-

keit des Ereignisses lässt sich nur eine Unabwendbarkeit durch Diligenz verstehen, und ebenso schliesst die Thatsache, dass nur die Folgen des Naturereignisses hervorgehoben werden, den Versuch aus, für das Ereigniss selbst besondere Merkmale in Anspruch zu nehmen. Jedes Naturereigniss kann unabwendbare Folgen haben; ob es sie hat, ist nur durch Eingehen auf die besonderen Umstände des Falles zu beurtheilen. Uebrigens wird es nicht immer leicht sein, das Naturereigniss von dem Ereignisse von Menschenhand zu unterscheiden. So wirkt die einmal entfesselte Gewalt des Feuers als ein Naturereigniss, mag aber doch durch Menschenhand in Bewegung gesetzt sein.

Für die drei bisher in Betracht gezogenen Reichsgesetze ergaben sich in den ohne Schuld der betreffenden Gewerbtreibenden durch ihre Leute oder Angestellten herbeigeführten Unfällen solche casuellen Ereignisse, für welche diese Gewerbtreibenden unbedingt aufzukommen haben. Solche Ereignisse können nicht höhere Gewalt sein. Insofern der Verpflichtete sich also dadurch nicht schützen kann, dass er den Unfall auf die Handlungen seiner Leute zurückführt, kommt ein für die Haftung aus dem römischen receptum geltender Grundsatz zur Anwendung. Weiterhin aber steht es um die Behauptung, dass die höhere Gewalt der Reichsgesetze die vis maior aus der Lehre vom receptum sei, selbst rücksichtlich der Unfälle misslich, für die dem römischen Recipienten sonst noch eine unbedingte Vertretungspflicht oblag. Denn, abgesehen davon, dass sich diese Vertretungspflicht nach römischem Rechte doch nur auf Verlust und Beschädigung recipirter Güter bezog, bei dem Haftpflicht- und Postgesetz hiervon aber nicht die Rede ist, so ist die unbedingte Haftung für die Handlungen der Reisenden und Passagiere für das Haftpflichtgesetz, da es Betriebsunfälle voraussetzt,

im Allgemeinen ausgeschlossen, und auch für die beiden anderen Gesetze kaum anzunehmen. Der römische Recipient haftete aber unbedingt auch nur für die schuldhaften Handlungen seiner Leute. Ist diese Beschränkung auch von den Reichsgesetzen angenommen? Die vom Haftpflichtgesetz gewollte strenge Haftung führt wenigstens für dies Gesetz zur Verneinung der Frage[1]). Für dies Gesetz kommt ferner in Abweichung vom receptum wie von den beiden anderen Reichsgesetzen nach seiner Entstehungsgeschichte und seinem Zwecke als unbedingt vertretbar noch die unsichere[2]) Kategorie derjenigen Unfälle hinzu, die aus den mit den Eisenbahnunternehmungen regelmässig verbundenen Gefahren entspringen.

Wie bei dem receptum, so giebt es sonach auch für die Reichsgesetze zufällige Ereignisse, für die und deren Folgen der Verpflichtete trotz seines Schuldmangels aufkommen muss, aber diese Ereignisse sind keineswegs in den verschiedenen Fällen immer dieselben, und desshalb decken sich auch die zufälligen Ereignisse nicht, die in den verschiedenen Fällen als nicht unbedingt vertretbarer Rest übrig bleiben. An den letztgedachten nicht unbedingt vertretbaren zufälligen Unfällen zeigte sich bei dem römischen receptum nichts Eigenthümliches. Ihre Zufalls-Qualität allein war für den Ausschluss der Vertretbarkeit entscheidend; der Verpflichtete haftet für sie alle weder

1) Der Eisenbahnunternehmer würde sich sonst mit der ihm trotz aller noch so grossen Sorgfalt unbekannt gebliebenen Farbenblindheit des Locomotivführers entschuldigen können. Freilich soll wiederum die plötzlich eingetretene Geisteskrankheit des Locomotivführers oder, wenn man die Besetzung der Locomotive mit mehreren Führern für erforderlich hält, der mehreren Führer exculpiren, und auch Farbenblindheit könnte ja wohl plötzlich entstehen.

2) Ich komme auf diese Unsicherheit noch unten S. 200 ffg. bei Besprechung der Entscheidungen des Reichsgerichts zurück.

unbedingt noch bedingt, sondern unbedingt nicht. Gilt Gleiches oder Ähnliches von diesen Unfällen nach den Reichsgesetzen? Das römische Recht, an das man sich anlehnen kann, band die Fähigkeit eines Ereignisses, höhere Gewalt sein zu können, nicht an gewisse äussere Eigenschaften desselben. Zur Zeit der Emanation der Reichsgesetze herrschte die GOLDSCHMIDTsche, also die rein subjective Theorie. Die Verhandlungen der Commission zur Berathung des H. G. B. ergeben nichts für eine Unterscheidung von Zufall und höherer Gewalt nach dem objectiven Charakter der Ereignisse selbst. Dagegen soll allerdings die höhere Gewalt des Haftpflichtgesetzes nach dem Willen des Gesetzgebers mit dem unabwendbaren äusseren Zufall gleichbedeutend sein. Wird dadurch die höhere Gewalt an eine bestimmte Art von Zufällen, nämlich die äusseren, gebunden? Soweit der Wille des Gesetzgebers entscheidet, ohne Zweifel. Ob man aber dadurch wirklich zu einer bestimmten Kategorie von Ereignissen gelangt, hängt davon ab, was unter äusseren Zufällen im Gegensatze zu inneren zu verstehen ist. Ich habe diese Frage wiederholt berührt: der Gegensatz löst sich schliesslich, wie sich weiter unten bei Besprechung der gerichtlichen Entscheidungen noch näher ergeben wird, in den Gegensatz zwischen den Ereignissen, die auf die Handlungen des Verpflichteten und seiner Leute zurückzuführen sind, und die übrigen Ereignisse auf, und damit ist denn für die Bestimmung der Haftpflicht nichts gewonnen, was nicht ohnehin schon feststände. Von dem rein räumlichen Innen und Aussen, wie es sich für das H. G. B. wenigstens insofern denken lässt, als sich die in Frage kommenden Güter innerhalb des Schiffes oder der sonstigen Transportanstalt befinden, kann für das Haftpflichtgesetz schon desshalb nicht immer die Rede sein, weil es sich bei dem-

selben auch um die Einwirkung des Betriebes auf ausserhalb des Betriebskreises befindliche Personen handelt. Indem man die custodia als Ausgangspunkt verliess, hat man die Möglichkeit aufgegeben, im Haftpflichtgesetze in demselben Sinne von Innen und Aussen zu sprechen, wie bei dem receptum. Selbst wenn es nun aber möglich wäre, auf Grund dieses Kriteriums zu einem Ergebnisse zu kommen, so hätte man doch immer nur eine fernere Klasse unbedingt vertretbarer Zufälle, die inneren Zufälle; für alle anderen Zufälle bliebe gleichwohl die Frage offen, was macht sie zur höheren Gewalt? und darauf wäre allein zu antworten: das Erforderniss einer äussersten Umsicht und Sorgfalt, und damit — ich will hierauf nicht noch einmal eingehen — kein anderes Erforderniss als das der einfachen, richtig verstandenen Diligenz.

Je unbestimmter und unsicherer ein Begriff ist, um so leichter wird es, ihn auf die heterogensten Gebiete zu übertragen. Das hat es möglich gemacht, die höhere Gewalt auch in die Processordnungen zu verpflanzen.

Der § 211 al. 1 der Reichscivilprozessordnung giebt einer Partei, die durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert worden ist, eine Nothfrist einzuhalten, ein Recht auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Nach § 302 eod. kann das Gericht von Amtswegen die Verhandlung über den Antrag auf Erlass eines Versäumnissurtheils vertagen, wenn es dafür hält, dass die Partei durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle am Erscheinen verhindert worden ist. Nach § 44 der Reichsstrafprozessordnung endlich besteht ein Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wenn der Antragsteller durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle an der Einhaltung von Fristen ver-

hindert worden ist.[1]) Hier wird zwar der Ausdruck höhere Gewalt nicht gebraucht, die Motive ergeben aber, dass unter den Naturereignissen oder anderen unabwendbaren Zufällen die höhere Gewalt des Art. 395 H. G. B. verstanden werden sollte. Dabei werden Versäumungen in Folge von Naturereignissen oder anderen unabwendbaren Zufällen und bloss unverschuldete Versäumungen ganz ausdrücklich unterschieden.[2]) Die Naturereignisse und anderen unabwendbaren Zufälle, mithin im Sinne des Gesetzgebers die höhere Gewalt, sollen also keinesfalls mit dem bloss unverschuldeten Ereignisse identificirt werden. So gewiss dies ist, so gewiss ist es aber nicht minder, dass die Unterscheidung, obschon gewollt, doch, weil unmöglich, sich nicht festhalten lässt, und alles auf eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen unverschuldeter Versäumnisse hinausläuft.

Bei der Lehre von der höheren Gewalt wird davon ausgegangen, dass die Natur gewisser Gewerbe erhöhte Ansprüche an die Unternehmer rücksichtlich der Haftung für die ihnen anvertrauten Güter nothwendig mache, sei es aus Misstrauen gegen die Personen oder wegen des Vertrauens, das ihnen geschenkt werden muss, oder wegen der Schwierigkeit, sie zu kontroliren, und des daraus erwachsenden Beweisnothstandes oder wegen der Gefahren, die mit ihren Betrieben verknüpft sind, oder endlich wegen des Monopoles, das sie geniessen. Desshalb habe sich zunächst bei den Römern ein Ausnahmerecht für die Schiffer und Wirthe entwickelt, das dann in neuerer Zeit aus dem gleichen Grunde auf ähnliche Verkehrsgebiete

1) Unter derselben Voraussetzung steht dem Privatkläger ein Recht auf Wiedereinsetzung zu, der in der Hauptverhandlung weder erschienen noch gehörig vertreten war. § 431 St. P. O.

2) § 211 al. 1 C. P. O. im Vergleich mit §§ 210 und 211 al. 2.

ausgedehnt sei. Bei der Bestimmung von Mass und Art der erhöhten Haftung wird an die custodia angeknüpft und in gewissem Umfange eine schlechterdings unbedingte Vertretungspflicht und, soweit diese nicht Platz greift, eine wenigstens über die Haftung für culpa hinausgehende Vertretungspflicht gelehrt. Die höhere Gewalt ist ein Begriff des Privatrechtes, sie steht in Verbindung mit der culpa des Privatrechtes, und diese culpa modificirt oder erzeugt Obligationen. Von dem Allem ist bei der höheren Gewalt der Prozessordnungen keine Rede. Weder giebt es ähnliche Ausgangspunkte, noch ähnliche Gründe für eine Verstärkung der Haftung, noch ähnliche Kriterien für die Begriffsbestimmung. Die Frage nach einer besonderen Art von Ereignissen, nach objectiven Merkmalen als Grund für die Wiedereinsetzung lässt sich hier gar nicht aufwerfen. Der unabwendbare, nicht der äussere unabwendbare Zufall wird genannt und diese Unabwendbarkeit richtet ihre Ansprüche nur an die Diligenz. Die Erkrankung des Verpflichteten selbst bildet einen der Hauptgründe für die Restitution; die wahre Bedeutung der Bestimmungen reducirt sich auf die Vorschrift, bei Prüfung der Frage, ob die Versäumniss verschuldet ist, möglichst streng zu verfahren Ein begrifflicher Unterschied zwischen dieser und einer anderen Verschuldung wird dadurch selbstredend nicht geschaffen. Auch bei der gemeinrechtlichen restitutio in integrum wird in l. 9 D. ex quib. caus. mai. 4,6 von einem vi potentiori oppressus gesprochen, aber es ist das nicht die höhere Gewalt im technischen Sinne. Nur diese höhere Gewalt, wie sie nach der Theorie existiren soll, meine ich hier natürlich. Existirt sie überhaupt, so findet sie sich doch nicht in den Prozessordnungen. Wer den Begriff überhaupt verwirft, dem kann es ganz recht sein, wenn er schliesslich auf nichts anderes

herauskommt, als was davon in den Prozessordnungen lebt.[1])

1) Dass sich der Gegensatz nur um Schuld und Nichtschuld dreht, nicht aber um unverschuldete Hinderungsgründe, welche die Restitution rechtfertigen und andere gleichfalls unverschuldete Ereignisse, die sie nicht rechtfertigen, ergeben auch die zahlreichen Entscheidungen des Reichsgerichts. Ein Angeklagter hatte eine Revisionsanmeldung so rechtzeitig auf die Post gegeben, dass, wenn die für das Gericht bestimmten Briefe, wie gewöhnlich, am Nachmittag oder Abend des betreffenden Tages gerichtsseitig von der Post abgeholt worden wären, die Anmeldung noch innerhalb der gesetzlichen Frist erfolgt wäre. Das Reichsgericht versagt die Restitution, weil der Angeklagte weder durch ein Naturereigniss, noch durch einen andern unabwendbaren Zufall an der Einhaltung der Frist gehindert sei, ihn selbst vielmehr die Schuld träfe, wenn er erst im letzten Augenblicke und ohne sich der Abholung zu versichern, die Anmeldung der Post übergeben habe (Entsch. vom 31. Mai 1888, Annalen Bd. II S. 142). — Ein inhaftirter Beklagter beantragte sofort nach der Benachrichtigung von der am 9. Dezember 1884 erfolgten Zustellung des Berufungsurtheils bei der Ortsbehörde ein Armuthszeugniss. Diese fertigte dasselbe am 29. Dezember 1884 aus. Der Beklagte stellte durch Eingabe vom 4./5. Januar 1885 den Antrag auf Beiordnung eines Officialanwaltes. Das Reichsgericht verfügte am 9. Januar 1885, also am Tage des Fristablaufes. Der bestellte Anwalt konnte die Revisionsschrift nicht mehr rechtzeitig anfertigen. Das Reichsgericht entschied, dass die Fristversäumniss auf einen unabwendbaren Zufall zurückzuführen sei, weil der inhaftirte Beklagte die Ausstellung des Armuthszeugnisses nicht persönlich habe betreiben können und keine Schuld daran trüge, dass auf sein Gesuch erst am Tage des Fristablaufes verfügt sei (Urtheile und Annalen Bd. II S. 25). — In der Entscheidung vom 28. November 1889 — Juristische Wochenschr. pro 1889 S. 526 — heisst es, dass die Versäumung der Berufungsfrist auf einem unabwendbaren Zufalle beruhe, wenn dieselbe auch bei Anwendung vernünftiger Sorgfalt nicht hätte vermieden werden können, und in einer Entscheidung vom 11. März 1890 — dieselbe Wochenschr. pro 1890 S. 151 — wird die Wiedereinsetzung bewilligt, weil der betheiligte Rechtsanwalt, der eine Revisionsfrist versäumt hatte, sich bei irrthümlicher Auslegung des § 478 C.P.O. in einem vorübergehenden Zustande krankhaft gestörter Geistesthätigkeit befunden habe und sich dieses Zustandes nicht bewusst gewesen sei. An diese Entscheidungen, die ich nur beispielsweise bringe — andere führen zu denselben Ergebnissen — halte man, ich will gar nicht sagen Exners Definition von der höheren Gewalt, sondern irgend einer Theorie, die für die höhere Gewalt mehr als den Mangel der Schuld verlangt.

§ 12.

Die vis maior in der Rechtsprechung.

Was die Behandlung des Begriffes der vis maior in der Rechtsprechung betrifft, so gehe ich nur auf die Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichtes und des Reichsgerichtes ein, und zwar auch auf diese nur insoweit, als es für die Erkenntniss der Stellung, die beide Gerichtshöfe zu dem Begriffe eingenommen haben bezw. einnehmen, wesentlich ist.

Da die Reichsgesetze unter der höheren Gewalt etwas anderes als den Zufall verstanden wissen wollen, so ist damit auch für die Gerichtshöfe die Nothwendigkeit gegeben, von einer Verschiedenheit beider Begriffe auszugehen, und es wird desshalb das Augenmerk vornehmlich darauf zu richten sein, worin die Unterschiede gesetzt werden und ob und inwiefern man in der That zu realen Unterscheidungen gelangt.

Das Reichs-Oberhandelsgericht zunächst definirt in einer die Haftung des Frachtführers aus Art. 395 H. G. B. betreffenden Entscheidung vom 4. Mai 1871[1]) die höhere Gewalt »als ein unter den gegebenen Umständen auch durch die äusserste, diesen Umständen angemessene und vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt weder abzuwehrendes, noch in seinen schädlichen Folgen vermeidbares Ereigniss« und mithin[1]) in Wahrheit als casus. Bei einem grossen Brande des Bahnhofes der österreichischen

1) Stegemann, Rechtsprechung, Bd. II S. 163.

2) cf. oben S. 155.

Südbahn in Triest waren in dem in den Bahnhofsgebäuden belegenen Zollmagazine befindliche, dem Beklagten zum Transporte übergebene Frachtgüter mitverbrannt oder doch anderweitig verloren gegangen. Auf Grund jener Definition wurde höhere Gewalt für den Fall angenommen, dass nicht die Schuld der Südbahn, für welche als letzten Frachtführer der Beklagte aufzukommen hatte, an dem Verbrennen der Frachtgüter von der Klägerin dargelegt würde. Dass es eine Naturkraft oder eine elementare Gewalt war, die den Verlust verursacht hatte, wurde nicht als wesentliche Voraussetzung behandelt: die Definition spricht allgemein von einem Ereignisse. Ebensowenig wurde darauf Gewicht gelegt, ob das Feuer im Innern der Gebäude entstanden war oder dieselben von aussen ergriffen hatte [1]).

Näher auf das Wesen der höheren Gewalt und zwar ebenfalls bei Anwendung des Art. 395 H. G. B. geht die Entscheidung desselben Gerichts vom 4. Februar 1873 [2]) ein. Ein Schiff war im richtigen Fahrwasser der Lippe plötzlich von einem bekannten, sonst ungefährlichen aber durch den vorhandenen ungewöhnlich hohen Wasserstand heftiger gewordenen Strudel gefasst und zum Sinken gebracht, wobei das Frachtgut verloren ging. Der auf Ersatz in Anspruch genommene Schiffer erhob den Ein-

---

1) Das Feuer war, wie aus der Entscheidung vom 12. November 1872 (Entsch. desselben Gerichts Bd. VIII S. 26), die es mit einem anderen bei demselben Brande entstandenen Verluste von Frachtgütern zu thun hat, in den Lagerräumen der Südbahn ausgebrochen und hatte sich von diesen aus den im unteren Stocke befindlichen Räumen des Zollmagazins mitgetheilt. Das Oberhandelsgericht erklärte gegenüber der Nichtigkeitsbeschwerde, die das Erforderniss der äusseren Provenienz aufgestellt hatte, ausdrücklich, dass unter Umständen auch das im Innern eines Gebäudes ausgebrochene Feuer den Charakter der höheren Gewalt haben könne.

2) STEGEMANN a. a. O. Bd. VIII S. 345.

wand der höheren Gewalt. Vom Appellrichter war ausgeführt, dass der Untergang des Schiffes nicht auf ein Verschulden des Schiffers oder seiner Leute zurückgeführt werden könne, das Schiff sei ausreichend bemannt gewesen, die Mannschaft habe ihre Schuldigkeit gethan, die ungewöhnliche Höhe des Wasserstandes habe die Weiterfahrt nicht unräthlich gemacht. Demnächst hatte er erwogen, dass zwar der Schiffer nicht schon durch einfachen casus, sondern nur durch einen vermöge höherer Gewalt herbeigeführten Zufall befreit werden könne, diese höhere Gewalt, die er als »eine äussere Macht, ein unabwendbares Natur- oder anderes Ereigniss, dem menschliche Kräfte nicht widerstehen könnten,« definirte, aber darin gefunden, dass die Gewalt des im gewöhnlichen Fahrwasser befindlichen, nothwendig zu passirenden Strudels durch den eingetretenen, der Schifffahrt im Allgemeinen nicht hinderlichen höheren Wasserstand über menschliche Kräfte erhöht war. Das Oberhandelsgericht bezeichnete diese Auffassung des zweiten Richters von der höheren Gewalt als die ältere und strengere, stellte als die neuere die GOLDSCHMIDT'sche Ansicht daneben, nahm aber an, dass rücksichtlich des Einstehens für Naturereignisse beide Auffassungen im Wesentlichen dahin übereinstimmten, dass der Schiffer nicht für solche Ereignisse hafte, »denen menschliche Kraft nicht zu widerstehen vermöge und welche auch Umsicht und Sorgfalt nicht hätten abwenden können.« Die Frage, ob ein bestimmtes Naturereigniss als vis maior aufzufassen, sei nicht nach einem absoluten Massstabe, sondern nach der Besonderheit des Falles zu beantworten, jedoch setze die bejahende Antwort die Existenz der objectiven Requisite der Unabwendbarkeit des Ereignisses durch die nach Lage des Falles gebotene Vorsicht und der Unüberwindlichkeit des eingetretenen Ereignisses bezw.

seiner Schadensfolgen durch menschliches Bemühen voraus. In casu sei die nicht vorhergesehene und nicht vorhersehbare, durch menschliche Kräfte nicht überwindbare Gewalt des Strudels und der dadurch herbeigeführte Untergang von Schiff und Ladung »als ein echter Fall der vis maior, nämlich als ein damnum fatale quod imprudentibus accidit, d. h. welches der Schiffer nicht wohl vorhersehen konnte,« anzusehen. — Auch hier ist für das Oberhandelsgericht nicht der Art-Charakter des Ereignisses, dass es ein Naturereigniss ist, massgebend: von objectiven Requisiten wird zwar gesprochen, aber diese Objectivität besteht nicht in Merkmalen, die äusserlich an den Ereignissen erkennbar sind. Der concrete Fall soll entscheiden und in dem concreten Falle sind es wieder die Vorsicht des Betheiligten in Rücksicht auf die Abwendung, seine Bemühungen in Rücksicht auf die Ueberwindung des Ereignisses, auf die es ankommt. Schlechterdings wird nicht ersichtlich, dass der Schiffer, um frei zu sein, etwas anderes zu thun gehabt hätte, als was einem tüchtigen Schiffer überhaupt obgelegen hätte. Objectiv sind die Requisite nur, insofern es auch die Diligenz des bonus paterfamilias ist. — In der Nichtigkeitsbeschwerde war geltend gemacht, dass »nur ein ungewöhnliches, unberechenbares, vorher nicht gekanntes und nicht gewürdigtes Ereigniss vis maior begründen könne« und dass »in der höheren Gefahr durch erhöhten Wasserstand nur ein dem natürlichen Charakter des Wassertransportes entsprechender Zufall, in der solchergestalt vermehrten Heftigkeit eines Strudels also ein nicht ungewöhnliches Ereigniss liege«. Das Oberhandelsgericht verwirft diese Sätze und bemerkt, dass sonst auch die unzweifelhaften Fälle echter vis maior, unvermeidlicher und unwiderstehlicher Zufälle durch Wogendrang, Eisgang etc. dem Schiffer zur Last zu stellen seien.

Der unabwendbare Zufall, darin gipfelt die Ansicht des Oberhandelsgerichtes, ist höhere Gewalt. Aber das Prädikat unabwendbar ist leer und erhält Inhalt erst durch die Beziehung auf die dabei gemeinte Widerstandskraft. Diese Widerstandskraft aber ist keine andere als die des vir diligens: der unabwendbare Zufall ist Zufall.

Die Praxis des Reichsgerichtes hat geschwankt.

Einer Entscheidung vom 2. Dezember 1879[1]) lag folgender Fall zum Grunde. Ein fünfjähriger auf der Strasse spielender Knabe war vom Trottoir in die vorübertrabenden Pferde eines Pferdeeisenbahnwagens hineingesprungen und verletzt. Die auf Schadensersatz in Anspruch genommene Bahnverwaltung erhob auf Grund des § 1 des Haftpflichtgesetzes den Einwand der höheren Gewalt. Das Reichsgericht verwarf den Einwand. »Höhere Gewalt« — heisst es in den Gründen — »bezeichnet im Unterschiede vom Zufall ein äusseres durch elementare Naturkräfte, die schädigende Wirkung von Naturereignissen, oder durch Menschenkräfte, die Handlungen dritter Personen, herbeigeführtes Ereigniss, welches den Unfall verursacht hat und dessen schädigende Wirkung nach der allgemeinen Verkehrsanschauung durch geeignete Vorkehrungen zu vermeiden unmöglich ist.« Es wird dann weiter ausgeführt, dass die Unmöglichkeit der Abwendung eine objective sein müsse, eine blos subjective in der Person des Betriebsunternehmers liegende laufe auf einen Zufall hinaus und befreie den Betriebsunternehmer nicht von der Haftverbindlichkeit. Auch wenn der Unfall von der Beklagten bei Anwendung aller Diligenz nicht hätte vermieden werden können, würde dies doch nur »die subjective Unmöglichkeit der Abwendung des Unfalles, nicht aber die

1) Annalen Bd. I S. 193.

Existenz einer höheren Gewalt, eines äusseren Ereignisses, welches unabwendbar den Unfall verursacht habe, darthun. Die höhere Gewalt kann nicht das Kind selbst, nicht sein eigenes Verhalten sein.« Höhere Gewalt und Zufall werden hier also als zwei ganz verschiedene Begriffe bezeichnet, jene befreit, dieser nicht, der vorliegende Unfall soll bestenfalls Zufall, aber nicht höhere Gewalt sein. Aber welches sind die Kriterien, die für die Unterscheidung bestimmend sind? Der Nachdruck wird anscheinend darauf gelegt, dass zur höheren Gewalt einmal ein äusseres Ereigniss gehöre, sodann dass dies äussere Ereigniss den Unfall unabwendbar herbeigeführt habe. War das Hineinspringen des Kindes in den Pferdebahnwagen kein äusseres Ereigniss? Das Kind lief von aussen her in den von dem Unternehmen beherrschten Bereich. Oder fehlte es, weil das Kind nicht handlungsfähig war, an einer Handlung dritter Personen, die den Unfall veranlasst hatten, so dass also der Fall anders zu beurtheilen wäre, wenn das Kind, zwar nicht von anderen Kindern, wohl aber von einem Erwachsenen in den Wagen gestossen wäre? Was ist dann ferner in Anwendung auf den Fall die objective im Gegensatze zur subjectiven Unmöglichkeit der Abwendung? Es war unterstellt, dass die Bahnverwaltung trotz aller Diligenz den Unfall nicht habe abwenden können. Welche Voraussetzungen müssen hinzukommen, damit sich diese Unmöglichkeit zu einer objectiven Unmöglichkeit steigert? Auf alle diese Fragen fehlt die Antwort. Das Reichsgericht hat indess auch selbst die hier zur Geltung gebrachte Ansicht später wieder aufgegeben, so namentlich in dem ganz gleich liegenden Falle, welcher der weiter unten[1]) zu besprechenden Entscheidung vom 23. März 1888 zum

1) cf. S. 203 ffg.

Grunde lag. Auch in der Entscheidung vom 23. Mai 1882[1]) — ein Kind war unter der geschlossenen Barrière eines Eisenbahnüberganges hindurch auf die Schienen gelaufen und von einem herankommenden Zuge verletzt — wurde zwar ebenfalls die höhere Gewalt verneint, aber desshalb, weil die Bahn nicht alles gethan habe, um einen solchen Unfall unmöglich zu machen.

Dass nicht bloss, wie es in der Entscheidung vom 2. November 1879 heisst, durch elementare Naturkräfte oder durch die Handlungen dritter Personen verursachte Unfälle höhere Gewalt sein können, wird in einer Entscheidung vom 15. Januar 1881[2]) anerkannt. Pferde, die aus einer etwa eine halbe Meile von der Bahn liegenden Koppel ausgebrochen und an einer nicht zum Uebergange bestimmten Stelle zur Nachtzeit auf die Schienen gelangt waren, wurden von einem Eisenbahnzuge überfahren. Der Eigenthümer beanspruchte Schadensersatz. Es handelte sich dabei zwar zunächst um den § 25 des Preuss. Ges. v. 3. November 1838, indess das Reichsgericht nahm den unabwendbaren äusseren Zufall des § 25 für gleichbedeuteud mit der höheren Gewalt des § 1 des R. H. G., bejahte das Vorhandensein der letzteren und bemerkt von derselben, »dass darunter nicht bloss elementare Ereignisse, unüberwindbare Kräfte der Natur, sondern alle von aussen, d. i. ausserhalb des Betriebes des Unternehmens einwirkende Ereignisse zu verstehen sind, die nach menschlicher Einsicht nicht vorauszusehen sind und — wenn sie eintreten, durch menschliche Kraft und Sorgfalt nicht abgewendet nnd in ihrem Erfolge nicht abgeschwächt werden können.« — Der vorliegende Unfall wurde als ein solcher angesehen,

1) Eger, Eisenbahnrechtl. Entsch. Bd. II S. 291.

2) Eger ebenda Bd. I S. 360.

welcher »durch die äusserste, den Umständen angemessene und vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt« nicht vermieden werden konnte. Neben diesem der Sache nach auf Diligenz hinauslaufenden Erfordernisse der äussersten u. s. w. Sorgfalt wird hier als besonderes Kriterium die Herkunft von aussen festgehalten und als ein Einwirken von ausserhalb des Betriebskreises definirt. Das Kriterium wird aber in einer Entscheidung vom 9. Juli 1880[1]) wiederum in anderer Weise bestimmt. Ein erkrankter und desshalb in einem verschlossenen Coupé untergebrachter Zugführer verliess dasselbe in einem Anfalle von Geisteskrankheit, kletterte auf den Trittbrettern herum, kam endlich unter den Zug und wurde getötet. Höhere Gewalt wurde angenommen. Der plötzliche Eintritt einer Geistesstörung sei ein Ereigniss, welches, sofern es bei Aufwendung grösster Sorgfalt nicht vorhergesehen und seinen Folgen begegnet werden konnte, einen Fall höherer Gewalt im Sinne von § 1 des Haftpflichtgesetzes unzweifelhaft begründe. Es könne daher dahingestellt bleiben, ob nicht im Sinne des Gesetzes ganz allgemein als Grundsatz zu gelten habe, dass ein Fall höherer Gewalt vorliege, wenn der Unfall nachweisbar durch ein äusseres (d. h. nicht auf eigene Handlungen des Haftpflichtigen oder seiner Bediensteten zurückzuführendes) Ereigniss, welches trotz grösstmöglicher Vorsicht nicht vorhergesehen bezw. abgewendet werden konnte, verursacht worden sei. Hier besteht also die Eigenschaft eines Ereignisses als eines äusseren nur darin, dass es nicht auf den Handlungen des Unternehmers und seiner Bediensteten beruht. Damit hätte man die unbedingte Haftung für die eigenen Handlungen und für die Handlungen der eigenen Leute (nicht

1) Annalen Bd. II S. 355.

auch der Passagiere), alle anderen Zufälle wären höhere Gewalt. Als ein von ausserhalb des Betriebes einwirkender Unfall kann der Unfall des Zugführers nicht wohl angesehen werden. Die Geisteskrankheit scheint überdies allgemein als möglicher Fall der höheren Gewalt zugelassen zu werden, also auch dann, wenn sie einen im Dienste befindlichen Beamten befällt. Unter dieser Voraussetzung verschwindet das Erforderniss der äusseren Herkunft vollends.

In der Entscheidung vom 30. Juni 1883[1]) sagt das Reichsgericht: »Der Bruch eines einzelnen Radreifens an einer Locomotive in Folge von Frost begründet nicht den Einwand der höheren Gewalt.« Zur Begründung wird bemerkt, dass als höhere Gewalt im Sinne eines unabwendbaren äusseren Zufalles nur ein zufälliges Ereigniss erscheine, das ausser Zusammenhang mit objectiven Fehlern und unabhängig von derartigen Fehlern den Nachtheil verursacht habe. Der Bahnverwaltung möge in Beziehung auf den eingetretenen Bruch kein Verschulden zur Last fallen, so dass derselbe lediglich als unabwendbarer Zufall angesehen werden müsse, allein es fehle an dem Nachweise eines äusseren, d. h. auch von objectiven (unverschuldeten) Betriebsfehlern unabhängig wirkenden Zufalles. Breche in einem Eisenbahnzuge in Folge plötzlichen Temperaturwechsels ein einzelner Radreifen, weil ihm die Fähigkeit des erforderlichen Widerstandes mangele, während alle übrigen Radreifen des Zuges diese Fähigkeit besässen, so könne jenem Mangel, also einer unregelmässigen Beschaffenheit des einzelnen Reifens, an sich die Eigenschaft eines objectiven Fehlers nicht abgesprochen werden. Dann

---

1) Eger, Das Reichshaftpflichtgesetz S. 124, Eisenbahnrechtl. Entsch. Bd. III S. 86.

aber beruhe der in Folge des fraglichen Natureignisses, jedoch nur unter Mitwirkung dieses Fehlers eintretende Nachtheil nicht auf einem äusseren, von dem letzteren unabhängigen Zufall. — In dieser Begründung fällt der unabwendbare mit dem unverschuldeten Zufalle, also dem Zufalle überhaupt, zusammen. Um höhere Gewalt zu sein, müsse hinzukommen, dass der Zufall ein äusserer sei. Um dies zu sein, müsse er, so wird hier definirt, auch unabhängig von nicht verschuldeten Betriebsfehlern auftreten. Ob wirklich daraus, dass in Folge des Temperaturwechsels ein Radreifen bricht, während die übrigen halten, auf einen objectiven Fehler jenes Reifens geschlossen werden darf, mag mehr dem Gebiete der thatsächlichen Feststellung angehören. An sich könnte die gleiche Erscheinung auch vielleicht bei völlig gleicher Beschaffenheit aller Reifen hervortreten; es wäre wohl möglich, dass der brechende Reifen vielleicht der kälteren Luftströmung besonders ausgesetzt war. Andererseits gäbe auch das Brechen aller Reifen noch keine Garantie gegen das Vorhandensein von objectiven Fehlern. Jedenfalls bleibt auch dann die Thatsache bestehen, dass nicht der Frost allein, sondern nur der Frost in Verbindung mit der Beschaffenheit der Reifen das Brechen herbeiführte. Was aber von der objectiven Beschaffenheit oder, wenn man will, den objectiven Fehlern der Radreifen, also der sachlichen Betriebsmittel, gilt, müsste auch von den Eigenschaften des Betriebspersonals gelten und also auch von dem wahnsinnig werdenden Zugführer. Will man den Eisenbahnunternehmer aus § 1 des Haftpflichtgesetzes dafür haftbar machen, dass die Betriebsmittel nicht versagen, so muss man dies aus dem Zwecke des Gesetzes, nicht aus dem Begriffe der höheren Gewalt deduciren.

Die Entscheidung vom 5. Januar 1887[1]) verwirft die Annahme höherer Gewalt, weil es sich um eine dem in Rede stehenden Strasseneisenbahnbetriebe eigenthümliche Gefahr handele[2]). Das Pferd eines dem Zuge einer Strasseneisenbahn entgegenkommenden Wagens scheute vor dem Zuge und drängte in Folge hiervon den Wagen der Art gegen den Zug, dass der Kutscherbock heruntergerissen wurde, der darauf sitzende Kläger zwischen die Lokomotive und den ersten Wagen des Zuges fiel und überfahren wurde. Das Reichsgericht erwog, dass die Strassenbahngesellschaft ihr Gewerbe mit Dampfkraft innerhalb eines verkehrreichen Stadtstrassengebietes betrieb und dass es in den nächsten unmittelbaren Wirkungen dieser Betriebsart läge, dass in Folge der Schnelligkeit, mit der die Lokomotiven führen, oder auch des eigenthümlichen Geräusches des Fahrens in unmittelbarer Nähe befindliche Zugthiere unruhig und scheu werden könnten. Es wurde oben (S. 154) bei Besprechung des Reichshaftpflichtgesetses bemerkt, dass die Haftung für Gefahren solcher Art allerdings im Sinne des Reichshaftpflichtgesetzes läge, dass indess die Abgrenzung dieser Gefahren-Kategorie nicht ohne erhebliche Schwierigkeiten wäre. Die dem Eisenbahnbetriebe eigenthümlichen Gefahren beruhen namentlich darauf, dass schwere Lasten durch eine gewaltige Naturkraft auf Eisenschienen mit grosser Schnelligkeit fortbewegt werden, wodurch »bei einer Begegnung ein Ent-

1) Entsch. in Civils. Bd. XIX S. 37.

2) Aus einer ähnlichen Erwägung wurde eine Verletzung, die durch das Ausströmen von Kohlenstaub aus der Locomotive veranlasst war, als nicht auf höherer Gewalt beruhend angesehen. (Entsch. vom 29. März 1884, Entsch. in Civils. Bd. XI S. 146). Immer muss, wird dort gesagt, der Begriff der höheren Gewalt »bei der Haftung eines Eisenbahnbetriebs-Unternehmens dann ausgeschlossen bleiben, wenn der Unfall die unmittelbare Folge des regelmässigen Betriebs gewesen ist«.

rinnen, sowie ein rechtzeitiges Hemmen der Bewegung fast unmöglich« und »bei einer Collision mit anderen Gegenständen die verheerendste Wirkung« hervorgerufen wird[1]). Hängt das Ueberfahren eines über die Schienen eilenden Menschen, eines zwischen die Wagen springenden Kindes, auf den Bahndamm gelangten Viehes u. s. w. weniger mit der natürlichen Folge des gefährlichen Betriebes zusammen als das Scheuen der Pferde im Fragefalle mit der Schnelligkeit der Lokomotive und dem eigentümlichen Geräusch des Fahrens? Jedenfalls bedarf es auch hier noch bestimmterer Kriterien, um einen brauchbaren Begriff zu erhalten. Die Entscheidung ist indess insbesondere desshalb von Bedeutung, weil das Reichsgericht bei Gelegenheit derselben sich über die beiden Theorieen der vis maior in ausführlicherer und eigenthümlicher Weise ausspricht[2]). Danach soll das Kriterium der höheren Gewalt keinesfalls darin bestehen, dass ein Ereigniss nicht durch die äusserste Diligenz abwendbar gewesen sei, und selbst, wenn es nach römischem Rechte auf eine Steigerung der Diligenz angekommen sein sollte, so soll doch der Begriff in diesem Sinne nicht in den Reichsgesetzen und insbesondere nicht im Reichshaftpflichtgesetze aufgefasst sein. Auch nach den Hauptvertretern der subjectiven Theorie bezeichne vis maior etwas Objectives, bestimmte Arten des casus. Im Sinne dieser herrschenden Theorie wäre der Unterschied zwischen den zu vertretenden Zufällen und der höheren Gewalt dahin festzustellen, »dass unter den ersteren diejenigen Zufälle, welche im Laufe des Gewerbeunternehmens, als diesem

1) Eger, das Reichshaftpflichtgesetz S. 9 und die dort citirten Entscheidungen.

2) In dieser Beziehung ist diese Entscheidung auch bereits oben S. 154 erwähnt.

eigenthümlich, mehr oder minder häufig vorzukommen pflegen, auf die der Unternehmer gerüstet und gefasst sein muss, unter letzteren die über dieses Mass augenscheinlich hinausgehenden zu verstehen sind.« Bei dieser Auffassung, wie es dann weiter heisst, »bleibt freilich immer noch zwischen der herrschenden Lehre und ihren Gegnern der Unterschied, ob der nach beiden Ansichten objectiv geartete Zufälle zum Gegenstande habende Begriff der höheren Gewalt, wie EXNER will, ein absoluter ist, so dass eine bestimmte Eigenschaft, die den Ereignissen anhaftet oder fehlt, dasselbe ohne Rücksicht auf seine übrige Individualität und gleichmässig für alle Verkehrsunternehmungen ganz unbedingt in den Bereich der höheren Gewalt oder ausserhalb desselben stellt, oder ob er, wie der herrschenden Lehre entspräche, ein relativer ist, so dass die ganze Individualität des Ereignisses, und zwar im Hinblicke auf die Verkehrsunternehmung, bei der er sich ereignet, in Betracht zu ziehen ist.« Die Entscheidung meint, dass das Reichsgericht auch sonst in diesem Sinne den subjectiven Standpunkt zur Geltung gebracht habe, und wenn in mehreren Urtheilen von einer äussersten, den Umständen angemessenen Sorgfalt die Rede sei, trotz deren dem Ereignisse nicht zu begegnen sei, so sei darunter der objective Massstab einer den Gegenständen speciell gewidmeten Obhut und Fürsorge, die den Ereignissen doch nicht hätten widerstehen können, gemeint. Verschiedene Entscheidungen sprächen klar aus, dass Mangel eines Verschuldens auch vom höchsten Diligenzmassstabe aus und höhere Gewalt durchaus nicht zusammenfielen. — Dass dies mannigfach ausgesprochen ist, ist freilich richtig, die Frage ist aber, ob und wie der Unterschied in der Anwendung durchgeführt ist. Der objective Massstab einer Obhut und Fürsorge, welche den Ereignissen

nicht hätte widerstehen können, wie er in der That angewendet ist und allein angewendet werden kann, ist der objective Massstab der Diligenz des seinem Fache vollauf gewachsenen Unternehmers. Die Unterscheidung zwischen den im Verlaufe des Gewerbeunternehmens mehr oder minder häufig vorkommenden Zufällen, auf die der Übernehmer gefasst sein muss', und den über dieses Mass augenscheinlich hinausgehenden Unfällen wurde für den Art. 395 H. G. B. vom Oberhandelsgericht in der oben S. 191 angezogenen Entscheidung vom 4. Februar 1873 ausdrücklich verworfen.

Ebenfalls eine bestimmte Stellung zu den geltenden Theorieen, aber keineswegs mit demselben Resultate, nimmt die Entscheidung vom 23. März 1888[1]) ein. Ein dreijähriger Knabe war von einer Strassen-Pferdeeisenbahn überfahren. Er hatte auf der Strasse gespielt und war zwischen den Pferden und dem langsam fahrenden Wagen plötzlich vor den Wagen gelaufen. Das Berufungsgericht hatte ausgeführt, dass es der Beklagten bei den gegebenen Verhältnissen, bei welchen, da der Pferdebahnwagen im Schritt gefahren sei, nicht einmal die eigenthümlichen Gefahren des Eisenbahnbetriebes vorgelegen hätten, nicht möglich gewesen sei, durch besondere Vorkehrungen den Unfall abzuwenden, der darin seinen Grund habe, dass das Kind von der Seite her kommend und zwar hinter den Pferden unter den Wagen gerathen sei. Das Reichsgericht nahm höhere Gewalt an und führte aus: Die höhere Gewalt unterscheidet sich nicht begrifflich vom Zufalle, sondern ist eine besondere Art desselben. Sie setzt nicht eine Gewalt im eigentlichen Sinne voraus, nur insofern ist von Gewalt die Rede, als das schädigende äussere Er-

1) Entsch. in Civils. Bd. XXI S. 13.

eigniss, das durch Naturkraft oder Menschenhand verursacht werden kann, mit einer gewissen, durch die anzuwendende Menschenkraft nicht überwindbaren Unwiderstehlichkeit aufgetreten sein muss. Auch eine plötzlich aufgetretene Schwäche oder Erkrankung, z. B. eine Ohnmacht, ein epileptischer Anfall oder ein Ausbruch von Geisteskrankheit kann höhere Gewalt sein. Auch in der Handlung des Verletzten, z. B. es wirft sich jemand vor dem Heranbrausen eines Zuges auf die Schienen oder ein Kind läuft unmittelbar vor dem Zug über die Schienen, kann höhere Gewalt liegen. Höhere Gewalt bedeutet nichts anderes als unabwendbaren Zufall. Die Unabwendbarkeit ist aber nur relativ und nach Lage des concreten Falles zu bestimmen; es kommt darauf an, ob die Abwendung bei den gegebenen Verhältnissen durch die äusserste, den concreten Umständen angemessene Sorgfalt und durch Mittel, deren Anwendung dem Haftpflichtigen vernünftiger Weise zugemuthet werden durfte, erreicht werden konnte. Demgemäss verwirft das Reichsgericht ausdrücklich die Exnersche Theorie, bezeichnet auch die bisherigen Versuche, einen absoluten Massstab aufzufinden, nicht als gelungen. Bei Beurtheilung der Frage, ob eine Abwendung des Ereignisses möglich war, welches Mass der Sorgfalt also von dem Verpflichteten zu erwarten ist, sollen die Verkehrsanschauungen berücksichtigt werden. Der Verpflichtete solle die äusserste Vorsicht, Sorgfalt und Energie aufbieten, dabei aber kämen doch nur solche Mittel in Betracht, deren Anwendung überhaupt möglich ist, ohne den wirthschaftlichen Erfolg des Unternehmens vollständig auszuschliessen, so dass es also z. B. vom Unternehmer nicht verlangt werden könne, die ganze Eisenbahnstrecke auf beiden Seiten mit Mauern zu versehen oder derartig mit Wächtern zu besetzen, dass es unmöglich sei, die

Schienen zu überschreiten oder sich beim Herannahen des Zuges auf dieselben zu werfen. Diese Auffassung soll auch keineswegs zu einer Identificirung mit dem Zufall führen, der Haftpflichtige also, der nur beim Vorhandensein höherer Gewalt haftfrei ist, auch wenn er im Fragefalle mit aller Umsicht verfahren und der Schaden auf einen Zufall zurückzuführen ist, verhaftet bleiben. »Nur dann liegt höhere Gewalt vor, wenn es auch bei den zweckmässigsten Einrichtungen nicht möglich war, den Eintritt des in Frage stehenden zufälligen Ereignisses oder dessen Folgen abzuwenden.« Es wird dann der DERNBURGsche Satz citirt, dass nur das als höhere Gewalt gelten könne, »was auch durch die umsichtigsten Schutzvorrichtungen nicht verhütet werden kann, also menschlicher Kraft und Vorsicht spottet.« In dieser Beziehung muss, wie hinzugefügt wird, »soweit es sich um den Betrieb von Eisenbahnen handelt, mit besonderer Strenge verfahren und müssen zum Schutze des Publikums alle Schutzvorrichtungen verlangt werden, die mit Rücksicht auf die besondere Gefährlichkeit des Betriebes geboten sind. Auch dürfen ..... nicht solche Unfälle einer höheren Gewalt zugeschrieben werden, welche lediglich in der gefährdenden Natur des Unternehmens selbst oder in einer von dem Eisenbahnunternehmer selbst geschaffenen gefährlichen Lage ihren Grund haben.«

Die Entscheidung ist im höchsten Masse bedeutsam, sowohl für die Bestimmung des Begriffes der höheren Gewalt an sich als auch für die Entwicklung, die derselbe bei dem Reichsgerichte durchgemacht hat. Abgesehen davon, dass — was das Haftpflichtgesetz betrifft — die lediglich in der gefährdenden Natur des Eisenbahnunternehmens oder die in einer von dem Eisenbahnunternehmer selbst geschaffenen gefährlichen Lage begründeten Unfälle

nicht höhere Gewalt sein können, abgesehen also davon, dass es gewisse Unfälle zum Theil freilich schwer bestimmbarer Art giebt, die trotz mangelnder Verschuldung vertreten werden müssen, ist höhere Gewalt unabwendbarer Zufall. Nicht bloss die Theorie EXNERs, sondern auch alle sonstigen bisherigen Versuche, einen absoluten Massstab aufzufinden, werden zurückgewiesen. Es wird zwar auch noch von einem äusseren Ereignisse gesprochen, aber auch eine plötzlich aufgetretene Schwäche oder Erkrankung sollen höhere Gewalt sein können, und zwar, wie man wohl annehmen muss, auch wenn einer der Angestellten des Unternehmers davon betroffen wird. Kann aber plötzliche Erkrankung von Betriebspersonal höhere Gewalt sein, so scheint es consequent, auch einem plötzlich eintretenden Versagen von Betriebsmitteln die gleiche Fähigkeit nicht abzusprechen. Alles kommt auf die Abwehrmassregeln gegen das schädigende Ereigniss und zwar auf die von dem Verpflichteten ergriffenen an. Von der Unabwendbarkeit und Unvermeidlichkeit als sogenannten objectiven Requisiten ist nicht mehr die Rede. Der Verpflichtete soll die äusserste Vorsicht, Sorgfalt und Energie, aber in den durch die Verkehrsanschauung gegebenen vernünftigen Grenzen aufbieten. Die zur Erläuterung gewählten Beispiele für das, was nicht mehr verlangt wird, das Ziehen von Mauern auf beiden Seiten der Bahn oder das Besetzen derselben mit einer Schaar von Wächtern, könnten zwar die Vorstellung erwecken, als wenn noch immer mehr geleistet werden müsste, als die Diligenz des tüchtigen Unternehmers mit sich brächte. In Wirklichkeit wird jedoch an Anforderungen, die irgend in die Nähe jener exorbitanten Leistungen reichten, nicht gedacht. Indessen liegt auch der Schwerpunkt der Entscheidung nicht nach dieser Seite hin. Es ist nicht die Steigerung des Grades der

Diligenz an sich, wodurch das Wesen der vis maior bestimmt werden soll, vielmehr sind es die Mittel der Abwehr, auf die es ankommt. Der Verpflichtete muss die umsichtigsten Schutzvorrichtungen treffen, nur was dadurch nicht verhütet werden kann, ist höhere Gewalt. Das Reichsgericht adoptirt und zwar ganz ausdrücklich die Ansicht von DERNBURG. Es gilt desshalb von dieser Bestimmung der höheren Gewalt auch alles, was oben (S. 112 ffg.) über den Standpunkt DERNBURGs gesagt ist. Indess DERNBURG suchte das Zusammenfliessen der Verpflichtung zu den wirksamsten Einrichtungen und Veranstaltungen mit den Verpflichtungen aus der blossen Diligenz dadurch zu verhüten, dass er die Ansprüche, die der Mitcontrahent der Eisenbahnverwaltung oder eines der anderen der in Frage kommenden Unternehmen aus dem Contracte herleiten könnte, und die Ansprüche, die etwa das Publikum zu stellen berechtigt wäre, auseinanderhielt und einen Verstoss gegen diese nicht als Verschuldung gegenüber dem Mitcontrahenten behandelte. Es erhellt nicht, ob sich das Reichsgericht auch dieser Unterscheidung, mit welcher die DERNBURGsche Theorie steht und fällt, anschliesst, und wenn man erwägt, dass das Reichsgericht jedenfalls, wie oben (S. 117) nachgewiesen wurde, im Gegensatze zu DERNBURG dem Arbeiter das Recht auf die sichernden Einrichtungen des § 120 der Reichsgewerbeordnung schon aus dem Dienstvertrage zuspricht, so scheint das nicht der Fall zu sein. So oder so jedoch, die Verpflichtung zu den wirksamsten Schutzeinrichtungen ist schlechterdings eine Verpflichtung, die auf der vom Unternehmer zu prästirenden Diligenz beruht, und das Reichsgericht weist keineswegs nach, dass der Eisenbahnunternehmer in casu mehr gethan hat, als was die Pflicht des Diligenz prästirenden Eisenbahnunternehmers mit sich

brachte. Hier waren überdies, wie der Berufungsrichter feststellt, besondere Schutzvorkehrungen, weil nicht möglich, auch nicht ergriffen.

Höhere Gewalt ist der unabwendbare Zufall und zwar ohne jeden weiteren Beisatz, das ist in dieser Entscheidung vom Reichsgericht ausdrücklich ausgesprochen, und auch diese Unabwendbarkeit ist wiederum keine andere, als die Unabwendbarkeit durch die Diligenz des bonus paterfamilias.

Demselben — zweiten — Senat des Reichsgerichts, der die Entscheidung vom 23. März 1888 gefällt hatte, lag wenige Tage später, am 27. März 1888, ein anderer Fall zur Entscheidung vor.[1]) Der Beförderung harrendes Publikum war auf einen einfahrenden Zug mit solchem Ungestüm und in solcher Zahl eingedrungen, dass ein Unfall erfolgte. Es wurde anerkannt, dass die Verwaltung die äussersten Vorsichtsmassregeln angewendet hatte, um ein geordnetes Einsteigen zu ermöglichen, auch wurden die bei der Zulassung der ganzen Menge auf die Perrons getroffenen Massregeln, nämlich die Aufstellung und Verwendung von achtzig Aufsichtspersonen, objectiv als zur Verhütung von Unglücksfällen zweckmässige und den Erfolg verbürgende Anordnungen betrachtet. Der Unfall wurde vom Vorderrichter auf das über jede mögliche Voraussicht gehende, durch nichts gerechtfertigte Anstürmen des Publikums, dem auch ein stärkeres Personal nicht hätte widerstehen können, zurückgeführt und desshalb höhere Gewalt angenommen. Das Reichsgericht billigt das: die höhere Gewalt sei weder aus dem blossen Mangel einer Verschuldung der Bahnverwaltung abgeleitet, noch sei verkannt, dass gegenüber dem vorauszusehenden

1) Juristische Wochenschrift pro 1888 Nr. 25 S. 185.

Andrange einer so bedeutenden Menschenmenge ausserordentliche Schutzmassregeln getroffen werden müssten, welche auch zur Abwendung von erfahrungsmässig bei solchen Gelegenheiten durch Hast und Unbesonnenheit vorkommenden schadenbringenden Zufällen geeignet wären. Absolute Unabwendbarkeit werde nicht gefordert, es genügten Vorkehrungen, die zu dem erstrebten Erfolge nach allgemeiner Verkehrsanschauung im Verhältnisse ständen. — Auch hier sind wieder die beiden Momente: die fehlende culpa genügt nicht, es müssen ausserordentliche Schutzmassregeln getroffen werden. Aber hätte denn nicht schon die gewöhnliche Diligenz dahin geführt, dass die Bahnverwaltung einem vorauszusehenden Andrange des Publikums gegenüber geeignete Vorkehrungen gegen die Möglichkeit von Unfällen träfe, und wäre nicht also die Bahnverwaltung, wenn sie unter solchen Umständen die Vorkehrungen unterlassen hätte, in culpa gewesen? Wo liegt ferner die Ausserordentlichkeit der Schutzmassregeln? Das Personal war verstärkt, soweit es erforderlich erschien, man hatte aber nicht einmal das Publikum angehalten, den Perron nach und nach zu betreten. Auch handelt es sich nicht um Einrichtungen von längerer Dauer, sondern lediglich um die für einen einzelnen bestimmten Fall aufzuwendende Vorsicht.

Schluss.

Fasse ich zum Schlusse das Resultat, zu dem ich gelangt bin, noch einmal zusammen, so ist es Folgendes:

Vis maior bei den römischen Juristen, soweit sie sich des Ausdruckes zur Bezeichnung eines Rechtsbegriffes bedienen, bedeutet Zufall. Der nauta, caupo und stabularius hafteten für die von ihnen nicht verschuldeten, aber durch Schuld ihrer Leute und Passagiere herbeigeführten Schäden und Verluste an den von ihnen recipirten Gütern: für jeden anderen casuellen Verlust oder Schaden an solchen Gütern hafteten sie nicht. Diese nicht vertretbaren Unfälle sind casus und nichts weiter, weil sie lediglich durch das Nichtvorhandensein von culpa bedingt werden; will man sie unter der Bezeichnung vis maior zusammenfassen, so entspricht auch das nicht dem römischen Sprachgebrauche und der Gewinn besteht in nichts als in einem Namen ohne Werth.

Der Begriff der vis maior als einer vom casus verschiedenen Erscheinung entspricht aber nicht bloss nicht den Vorstellungen der römischen Juristen, sondern ist auch in sich ohne Halt. Desshalb ist es auch der Theorie auf den verschiedenen Wegen, die sie eingeschlagen hat, nicht gelungen, den Begriff in irgend zureichender Weise zu bestimmen.

Anders wie im römischen Rechte verhält es sich mit dem Begriffe in den Reichsgesetzen. Diese Gesetze wollen unter der höheren Gewalt etwas anderes als den Zufall verstanden wissen. Theorie und Praxis gehen also nicht fehl, wenn sie hier nach unterscheidenden Merkmalen

suchen. Aber das Suchen führt nicht zum Finden und kann nicht dazu führen, weil der Begriff haltlos ist und sich auf einer Verkennung des Wesens der Diligenz aufbaut. Man kann den Verpflichteten für bestimmte casuelle Unfälle für haftbar erklären, wie es die Römer rücksichtlich des Schiffers und Wirthes in Ansehung gewisser durch die Schuld ihrer Leute und Passagiere herbeigeführter Unfälle thaten. Solche unbedingt vertretbaren casuellen Unfälle giebt es auch bei der Haftung bis zur höheren Gewalt aus den Reichsgesetzen. Alle übrigen nicht vertretbaren Unfälle bleiben auch hier casus. Aber die Bezeichnung vis maior, wenn man sie auf diesen Rest der Unfälle in Anwendung bringen will, wird dann nicht bloss werthlos, sondern gefährlich und schädlich. Denn es sind nicht immer dieselben Unfälle, die unbedingt vertreten werden, und nicht immer dieselben, welche nur im Falle der Verschuldung zu vertreten sind, und es ist jedenfalls nicht ohne Bedenken, mit Bezeichnungen, zumal technischen, für Kreise von Ereignissen zu operiren, die sich keineswegs immer decken.

Wäre nun aber auch die Ansicht von der vis maior, die ich zu begründen versucht habe, nicht gerechtfertigt, so bliebe — und dies in's Licht zu setzen, war meine Absicht in zweiter Linie — es doch, wie ich glaube, immer nothwendig, auf die Beseitigung des Begriffes Bedacht zu nehmen. Denn das scheint doch nach allem fast unwidersprechlich, dass es demselben nach allen Seiten an Klarheit fehlt. Für das Reichsrecht verdanken wir die erste Einführung des Begriffes den Verfassern des Handelsgesetzbuches. Die Protokolle der Kommission zur Berathung desselben gewährten die Möglichkeit, in die Werkstatt des Gesetzgebers zu blicken. Das Bedürfniss, das über dem Begriffe schwebende Dunkel aufzuhellen, wird

zwar betont, aber Licht wird nicht geschaffen. So geht es weiter auch bei den nachfolgenden Gesetzen. Was der Gesetzgeber nicht sagen kann, soll der Richter erkennen, und so entsteht das vergebliche, bald hier- bald dorthin führende Ringen nach klaren und der Anwendung fähigen Merkmalen für die Begriffsbestimmung.

Es sollte desshalb der Begriff der vis maior in das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, das, wie man hofft, bestimmt ist, auf Jahrhunderte eine Leuchte für Wissenschaft und Praxis zu sein, nicht wieder aufgenommen werden. Auch darf unmöglich mit den Verfassern des Entwurfes gesagt werden, dass sich die besorgten Uebelstände in nennenswerther Bedeutung bis dahin in der Praxis nicht ergeben hätten. Freilich wird dadurch, dass regelmässig die vis maior und ihre Begriffsbestimmung nur die Rolle eines Ornamentes spielt, in Wahrheit aber nach Verschuldung gefragt und entschieden wird, die Gefahr wesentlich vermindert. Aber es ist doch nicht gleichgiltig, dass man nur auf mühevollen Umwegen zum richtigen Ziele kommt, auch führt nicht selten der unrichtige Begriff zu einem unrichtigen Resultate. Vom Standpunkte EXNERs aus — das ist gewiss bezeichnend — würde in keinem jener im vorigen Paragraphen besprochenen Fälle die Annahme der höheren Gewalt gerechtfertigt sein.

Wenn ich mich so in jeder Beziehung gegen die Beibehaltung des Begriffes erkläre, so bin ich weit entfernt davon, das Bedürfniss einer Haftung über culpa hinaus für eine Reihe von Verkehrsgebieten in Abrede zu stellen, wiewohl man, wie der innerhalb der zulässigen Grenzen viel geübte Ausschluss der gesetzlichen Haftung durch Vertrag beweist, auch in dieser Beziehung nicht zu weit gehen darf. Was ich nicht für richtig halte, ist nur das

Mittel, dem Bedürfnisse zu begegnen. Das Richtige ist, dass man für jedes Gebiet die Klasse von Unfällen festzusetzen sucht, für welche eine unbedingte Haftung geboten erscheint. Warum soll es nicht möglich sein, die unbedingte Haftung für die schuldhaften oder nicht schuldhaften Handlungen der eigenen Leute, für die Güte oder das richtige Functioniren der Betriebsmittel u. s. w. vorzuschreiben und im Uebrigen den Zufall auch in seinen Folgen für den Verpflichteten Zufall sein zu lassen? Wird doch dem Richter jetzt bereits, z. B. bei dem Haftpflichtgesetze, die Aufgabe zugemuthet, aus dem Zwecke des Gesetzes gewisse unbedingt vertretbare Gefahrenklassen auszusondern, nur dass der Richter dabei führerlos ist, während das Gesetz sein Führer sein sollte. Mag dabei vielleicht auch einmal eine Klasse von Unfällen übersehen werden, für welche die unbedingte Haftung gleichfalls erwünscht sein möchte, dem jetzigen Stande der Sache, wo alles auf den Richter abgelenkt wird, wäre das immer noch vorzuziehen. Vor Allem kann man auch nur in dieser Weise dazu kommen, für jedes Verkehrsgebiet das ihm Gemässe festzustellen.

Druck von Gebr. Unger in Berlin, Schönebergerstr. 17a.

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

K
G3843B4

Gerth, Gotthold
Der Begriff der Vis maior im römischen und Reichsrecht

UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 10 08 24 03 007 9